

OVERPRØVING AV FORVALTNINGSVEDTAK

Fylkesmannens lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59
sammenlignet med domstolenes kontroll med forvaltningens
"frie skjønn"

Kandidatnr: 462

Veileder: Marit Halvorsen

Leveringsfrist: 25. november 2003

Til sammen 17592 ord

25. november 2003

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	HOVEDPROBLEMSTILLING OG EMNE FOR OPPGAVEN	1
1.2	UTDYPING OG PRESISERING AV PROBLEMSTILLINGEN	2
1.2.1	AVGRENSNING	3
1.2.2	AKTUALITET	3
1.3	RETTSKILDER	4
1.3.1	LOV OG FORSKRIFT	4
1.3.2	FORARBEIDER	6
1.3.3	RETTSPRAKSIS	7
1.3.4	ANDRE MYNDIGHETERS PRAKSIS	7
1.3.5	TEORI	8
1.3.6	REELLE HENSYN	10
1.3.7	OPPSUMMERING AV RETTSKILDESITUASJONEN	10
1.4	BEGREPSAVKLARING	10
1.5	OPPBYGGING AV OPPGAVEN	12
<u>2</u>	<u>RETTSPOLITISK BEGRUNNELSE FOR DOMSTOLSKONTROLL OG FYLKESMANNENS LOVLIGHETSKONTROLL MED FORVALTNINGSVEDTAK</u>	<u>13</u>
2.1	DOMSTOLENES KONTROLL MED FORVALTNINGSVEDTAK	13
2.1.1	RETTSPOLITISK BEGRUNNELSE	14
2.2	FYLKESMANNEN	16
2.2.1	HISTORISK FORANKRING	16
2.2.2	RETTSPOLITISK BEGRUNNELSE FOR FYLKESMANNENS LOVLIGHETSKONTROLL	17
<u>3</u>	<u>PROSESSUELLE VILKÅR FOR DOMSTOLSKONTROLL OG FYLKESMANNENS LOVLIGHETSKONTROLL AV FORVALTNINGSVEDTAK</u>	<u>21</u>

<u>4 OVERPRØVING AV FORVALTNINGENS PERSONELLE OG PROSESSUELLE KOMPETANSE</u>	<u>24</u>
4.1 DOMSTOLENES PRØVING AV FORVALTNINGSORGANETS PERSONELLE OG PROSESSUELLE KOMPETANSE	24
4.2 FYLKESMANNENS PRØVING AV FORVALTNINGSORGANETS PERSONELLE KOMPETANSE	25
4.3 FYLKESMANNENS PRØVING AV FORVALTNINGSORGANETS PROSESSUELLE KOMPETANSE	26
4.4 KONKLUSJON	27
<u>5 OVERPRØVING AV FORVALTNINGENS MATERIELLE KOMPETANSE</u>	<u>28</u>
5.1 OVERSIKT – OPPBYGNING AV KAPITLET.	28
5.2 OVERPRØVING AV FAKTUM	29
5.2.1 DOMSTOLENE	29
5.2.2 FYLKESMANNEN	31
5.2.3 KONKLUSJON	32
5.3 KONTROLLINSTANSENE PRØVING AV FORVALTNINGENS LOVTOLKNING.	33
5.3.1 DOMSTOLENE	33
5.3.2 FYLKESMANNEN	36
5.3.3 OPPSUMMERING OG HOVEDKONKLUSJON	38
5.4 KONTROLLINSTANSENE PRØVING AV FORVALTNINGENS KONKRETE RETTSANVENDELSE	39
5.4.1 DOMSTOLENE	39
5.4.2 FYLKESMANNEN	41
5.4.3 BEGRENSNINGER I DOMSTOLENE OG FYLKESMANNENS ADGANG TIL Å PRØVE FORVALTNINGENS SUBSUMSJON.	42
5.4.4 OPPSUMMERING OG HOVEDKONKLUSJON	46
5.5 KONTROLLINSTANSENE ADGANG TIL Å OVERPRØVE FORVALTNINGENS HENSIKTMESSIGHETSSKJØNN.	47
5.5.1 OVERPRØVINGSKOMPETANSEN	47
5.5.2 FASTLEGGING AV I HVILKE SITUASJONER LOVBESTEMMELSEN GIR ANVISNING PÅ HENSIKTMESSIGHETSSKJØNN	48
5.6 BEGRENSNINGER PÅ FORVALTNINGSSKJØNNET - MYNDIGHETSMISBRUK	50

<u>6</u>	<u>FØLGENE AV AT FORVALTNINGEN HANDLER I STRID MED SIN KOMPETANSE</u>	<u>58</u>
6.1	UGYLDIGHET SOM FØLGE AV MANGLENDE PROSESSUELL KOMPETANSE	58
6.2	PERSONELL KOMPETANSEMANGEL	59
6.3	UGYLDIGHET SOM FØLGE AV MATERIELL KOMPETANSEMANGEL.	60
6.4	FØLGER AV AT ET FORVALTNINGSVEDTAK BLIR KJENT UGYLDIG.	63
6.5	UTSATT IVERKSETTELSE	65
<u>7</u>	<u>HOVEDFUNN I RELASJON TIL HOVEDSPØRSMÅLET</u>	<u>66</u>
7.1	DE LEGE LATA	66
7.2	DE LEGE REFERENDA	67
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>69</u>

1 Innledning

1.1 Hovedproblemstilling og emne for oppgaven

Emnet for oppgaven er fylkesmannens lovlighetskontroll, sammenlignet med domstolenes prøving av forvaltningens frie skjønn.

Hjemmelsgrunnlaget for domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak følger av konstitusjonell sedvane. Fylkesmannes lovlighetskontroll er hjemlet i Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr.107 § 59.

Hovedproblemstillingen er å *klarlegge hvorvidt fylkesmannens lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 er sammenfallende med domstolenes prøving av forvaltningens "frie skjønn"*.

Hvorvidt domstolene og fylkesmannen har kompetanse til å prøve den materielle delen av forvaltningsvedtaket, er den mest interessante rettslige problemstillingen. Jeg legger følgelig hovedvekten i framstillingen på dette temaet.

Jeg vil likevel, forholdsvis kortfattet, sammenligne de prosessuelle betingelsene for å bringe et forvaltningsvedtak inn for domstolene med vilkårene for å fremme lovlighetsklage. Domstolenes og fylkesmannens prøving av om forvaltningen har handlet i overensstemmelse med deres personelle og prosessuelle kompetanse, behandles i samme utstrekning. Redegjørelsen for disse temaene er nødvendig for å få et mer helhetlig sammenligningsgrunnlag.

1.2 Utdyping og presisering av problemstillingen

Domstolskontroll og fylkesmannes lovlighetskontroll med forvaltningen utøves av eksterne organer. Lovlighetskontroll er en kontroll med om et vedtak fattet av et forvaltningsorgan er lovlig. Ved domstolskontroll er hører dette sammen med at Stortinget og Regjeringen, herunder forvaltningen, ikke har instruksjonsmyndighet ovenfor domstolene. Situasjonene er ikke ulik ved fylkesmannens lovlighetskontroll. Fylkesmannen, som en del av sentralforvaltningen, overprøver vedtak fattet av desentraliserte forvaltningsorgan.

I henhold til kommuneloven § 59 er det ”departementet” som skal utføre lovlighetskontroll. Ved kongelig resolusjon av 18. desember 1992 punkt II ble denne myndigheten som alminnelig utgangspunkt lagt til Kommunaldepartementet. I rundskriv H-25/92 jf. H-6/95 har daværende kommunal - og arbeidsdepartementet overført myndighet til å foreta lovlighetskontroll til følgende organer :

Statens utdanningskontor er gitt fullmakt til å føre lovlighetskontroll med kommunale og fylkeskommunale avgjørelser i medhold av de lover som forvaltes av Kirke- utdannings og forskningsdepartementet, med unntak av kirke – og kirkegårdslovgivningen. Fullmakt til å foreta lovlighetskontroll med kommunale og fylkeskommunale vedtak i medhold av sistnevnte lovgivning er gitt Kirke- utdannings- og forskningsdepartementet. Fylkeslegen er gitt fullmakt til å utføre lovlighetskontroll på de områder som følger av tilsynsloven. Fylkesmannen er gitt fullmakt til å utføre lovlighetskontroll over kommunale vedtak med de lover som forvaltes av de øvrige departementer.

Ved begge kontrollformer er det dermed et utenforstående og uavhengig organ som øver kontroll med forvaltningsvedtak. Forskjellen ligger derimot i at kontrollorganene tilhører to separate pilarer i vårt statssystem, henholdsvis den dømmende- og utøvende makt.

Denne kombinasjonen av fellestrekk og ulikheter gjør det interessant å sammenligne de to former for overprøvelse av forvaltningsvedtak.

1.2.1 Avgrensning

Fylkesmannen er i forbindelse med kontroll av forvaltningsvedtak tilkjent to separate roller. Fylkesmannen kan være tillagt oppgaven som alminnelig klageorgan eller opptre som lovlighetskontrollør. Oppgaven avgrenses mot de tilfellene der fylkesmannen opptrer som ordinær klageinstans for kommunale og fylkeskommunale forvaltningsvedtak. Bakgrunnen for dette er at i motsetning til det som gjelder for forvaltningsklager, hvor fylkesmannen kan prøve alle sider av saken, har fylkesmannen bare en begrenset prøvelsesrett etter kommuneloven § 59. Fylkesmannens rolle som klageinstans kan følge av Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10 februar 1967 § 28, eller av særlovgivning. Eksempel på fylkesmannens kompetanse til å prøve kommunale forvaltningsvedtak som ordinær klageinstans er barnehageloven ¹§ 8. Etter denne bestemmelsen er det kommunen som har kompetanse til å godkjenne barnehager. Kommunen skal vurdere om de aktuelle lokaler og uteområder er egnet ut fra hensynet til barns alder og oppholdstid jf. barnehageloven § 3. Barnehageloven § 8 tredje ledd fastslår at kommunens vedtak kan påklages til fylkesmannen. Fylkesmannen vil i egenskap av å være klageinstans som overordnet forvaltningsorgan, ha kompetanse til å prøve alle sider av forvaltningsvedtaket. I tillegg til kompetanse til å prøve lovligheten av vedtaket, kan fylkesmannen overprøve det skjønn kommunen har lagt til grunn for sitt vedtak, jf. forvaltningsloven § 34.

1.2.2 Aktualitet

Problemstillingene knyttet til kontroll av forvaltningsvedtak er aktuelle og av stor praktisk betydning. Dette som følge av at Stortinget i stadig større utstrekning delegerer beslutningsmyndighet til forvaltningen. Delegasjon av myndighet skjer ofte ved bruk av vide fullmaktslover, hvilket medfører økt adgang for forvaltningen til å treffe

¹ 5.mai 1995 nr.19

skjønnsmessige avgjørelser. Dertil kommer at svært mange velferdsoppgaver er lagt til forvaltningen. Dette er forhold som gjør det viktig at forvaltningen handler i overensstemmelse med kompetansegrunnlaget.

Det er begrenset hvor mange forvaltningsvedtak som blir innklaget for domstolene, men rettspraksis viser at det forekommer. I henhold til informasjon fra de fylkesmenn jeg har vært i kontakt med, behandler hvert fylkesmannsembete rundt ti lovlighetskontroller i året, de fleste etter klage. Tema for lovlighetskontrollene er i hovedsak hvorvidt forvaltningsorganet har overtrådt den materielle og prosessuelle kompetansen som følger av det aktuelle hjemmelsgrunnlaget.

1.3 Rettskilder

1.3.1 Lov og forskrift

Hjemmelsgrunnlaget for domstollkontroll følger som nevnt av konstitusjonell sedvane, og er ikke fastsatt i Grunnloven eller lov (jeg behandler dette nærmere i avsnitt 1.33 og 2.1)

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1952 (EMK) art 6 fastslår at ”for å få avgjort sine borgelige rettigheter og plikter eller straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og borgelig rettergang av en upartisk domstol opprettet ved lov”. Bestemmelsens ordlyd trekker i retning av at domstolenes rett til å overprøve forvaltningsvedtak nå var legislativt forankret i norsk rett jf. menneskerettsloven² § 2. Høyesterett har imidlertid fastslått at denne bestemmelsen ved mange forvaltningsvedtak ikke medfører et krav på domstolsprøving i tradisjonell forstand. Det er i Rt 2000 s. 1406 lagt til grunn at det avgjørende er at det skjer en overprøving av et uavhengig og upartisk organ etter en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid. De ordinære domstolers overprøvingsrett kan således ikke utledes av EMK artikkel 6 (Graver, 2002 s. 106 redegjør nærmere for menneskerettighetenes betydning for domstolskontrollen).

² 21. mai 1999 nr.30

Den sentrale lovbestemmelsen i fremstillingen er kommuneloven § 59, som lyder:

Lovlighetskontroll, opplysningsplikt m.v.

1. Tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget kan sammen bringe avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Dette gjelder ikke avgjørelser om ansettelse, oppsigelse eller avskjed.
2. Krav om lovlighetskontroll fremsettes for det organ som har truffet den aktuelle avgjørelse. Hvis dette opprettholder avgjørelsen, oversendes saken til departementet.
3. Det organ som har truffet avgjørelsen, kommunalt eller fylkeskommunalt organ overordnet dette, eller departementet, kan beslutte at avgjørelsen ikke skal iverksettes før lovlighetsklagen er avgjort.
4. Ved lovlighetskontroll skal det tas stilling til om avgjørelsen
 - a. er innholdsmessig lovlig
 - b. er truffet av noen som har myndighet til å treffe slike avgjørelse, og
 - c. er blitt til på lovlig måte.Departementet skal oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig.
5. Departementet kan på eget initiativ ta en avgjørelse opp til kontroll.
6. Departementet kan kreve at kommunen gir opplysninger om enkeltsaker eller sider av kommunens og fylkeskommunens virksomhet. Departementet har rett til innsyn i alle kommunale og fylkeskommunale saksdokumenter.
7. Departementet fastsetter nærmere regler om tidsfrister for lovlighetskontroll.

De rettslige problemstillingene vil drøftes med lovbestemmelsens ordlyd som utgangspunkt. Jeg vil i overensstemmelse med den alminnelige rettskildelære legge stor vekt på ordlyden i kommuneloven § 59. Omfanget og intensiviteten av prøvingen framgår ikke klart av bestemmelsen, og disse spørsmålene besvarer jeg derfor med støtte i andre rettskildefaktorer.

Ulike forvaltningsrettslige lover vil bli nevnt, som eksempler og illustrasjon for å belyse domstolenes prøvelse av forvaltningens frie skjønn og fylkesmannens lovlighetskontroll.

Kommunal – og arbeidsdepartementet fastsatte den 13. januar 1993 med hjemmel i kommuneloven § 59 nr.7 forskrift om tidsfrist for krav om lovlighetskontroll.³

Det er kun denne ene forskriften som er gitt i medhold av kommuneloven § 59 og som i dag er av betydning.

1.3.2 Forarbeider

Forarbeidene som ligger til grunn for den lovendring som resulterte i Kommuneloven av 1992 er for det første Kommunelovutvalgets utredning og forslag til ny kommunelov slik det framkommer i NOU 1990 :13. Videre anvender jeg Ot.prp.nr.42 (1991-92) Om lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).

Jeg tillegger de nevnte forarbeidene betydelig vekt, da de gir veiledning om formålet med kommuneloven generelt og kommuneloven § 59 konkret. Jeg legger til grunn at lovgiver i en viss utstrekning kan sies å ha sluttet seg til disse refleksjonene ved vedtagelsen av forslaget til kommuneloven⁴. Forarbeidene tillegges videre vekt fordi det foreligger begrenset rettspraksis på området. Videre er forarbeidene utarbeidet av svært kompetente personer innenfor det kommunalrettslige fagområdet.

Ved behandlingen av domstolenes kontroll med forvaltningen vil jeg i enkelte tilfeller vise til innstillingen fra forvaltningskomiteen av 1958. Denne har fremdeles relevans ved løsningen av enkelte problemstillinger. Den rettskildemessige vekten må imidlertid sees i lys av at det på flere områder foreligger rettspraksis angående de rettsspørsmål som er drøftet i innstillingen. I disse tilfellene tillegger jeg rettspraksis størst vekt.

³ Fristen for å fremsette krav om lovlighetskontroll er tre uker. Fristen løper fra det tidspunktet avgjørelsen er truffet, og er absolutt. Tidsfristen kommer ikke til anvendelse når fylkesmannen tar opp en avgjørelse til kontroll av eget tiltak.

⁴ Det kan diskuteres om forarbeidene i realiteten gir uttrykk for lovgivers vilje. Tross dette er det i metodelæren lagt til grunn at forarbeidene vektlegges ut fra at de gir uttrykk for det som betegnes lovgiverviljen.

1.3.3 Rettspraksis

Domstolenes adgang til å prøve forvaltningsvedtak er fastslått og utviklet gjennom domstolspraksis. Jeg tillegger rettspraksis betydelig vekt når domstolenes kompetanse til å overprøve et forvaltningsvedtak drøftes. Dette da rettspraksis, og særlig Høyesteretts forståelse av et rettslig spørsmål er en sentral kilde, og blir lagt til grunn av andre rettsadvokater.

Det følger også av den alminnelige metodelære at rettspraksis tillegges betydelig vekt.

Det finnes svært lite rettspraksis vedrørende kommuneloven § 59.

Rettspraksis er følgelig ikke en sentral rettskildedefaktor ved forståelsen av kommuneloven § 59.

1.3.4 Andre myndigheters praksis

Andre myndigheter er i denne sammenheng spesielt fylkesmenn, Sivilombudsmannen og Kommunal – og regionaldepartementet. (Heretter kalt KRD).

Med praksis forstår jeg formaliserte uttrykk for myndighetenes forståelse av henholdsvis domstolenes og fylkesmannens rett til å overprøve forvaltningsvedtak.

Andre myndigheters praksis som er sentralt i fremstillingen er Kommunal – og regionaldepartementets rundskriv av juni 2001 H – 2123⁵.

Generelt er ikke departementspraksis tillagt så stor vekt som rettskilde i norsk rett (Eckhoff, 1997). Innenfor det kommunalrettslige område er derimot uttalelser og praksis fra departementet lenge vært en sentral kilde for forståelsen av lovbestemmelser. Bernt hevder at ”departementpraksis har vært en helt dominerende kilde ved tolkning av regler om kommuner og fylkeskommuner” (Bernt, 2002 s. 55). På denne bakgrunn tillegger jeg H- 2123 betydelig vekt for forståelsen av kommuneloven § 59. Foruten at departementspraksis tradisjonelt er vektlagt innenfor det

⁵ I henhold til min definisjon av praksis definerer jeg rundskriv som ”praksis”, slik også Bernt, 2001 s. 55 flg.

kommunalrettslige område, kommer det at departementets uttalelser er svært tilgjengelig for rettsanvendere. De fleste rundskriv er sågar gjort tilgjengelig elektronisk. Departementet er et sentralt organ som har det overordnede ansvar for praktisering av kommuneloven. Uttalelsene vektlegges dermed av underordnede organer, herunder fylkesmennene. Videre tillegger jeg departementets tolkningsstandpunkt vekt da det må legges til grunn at det har stor faglig tyngde. Som nevnt finnes lite rettspraksis på området. Det er derfor naturlig å vektlegge departementets uttalelser i større grad.

Videre er uttalelse fra Sivilombudsmannen relevant for forståelsen av kommuneloven § 59. Sivilombudsmannens uttalelser er ikke bindende, men blir i stor grad respektert av de forvaltningsorganer som de er rettet til (Eckhoff, 1997 s. 227). Uttalelsene er tilgjengelig for rettsanvendere gjennom Sivilombudsmannens årlige meldinger han til Stortinget. En annen faktor som bidrar til at Sivilombudsmannens uttalelser vektlegges er at Høyesterett viser til de i sine avgjørelser. Dertil kommer det at foreligger lang tradisjon i norsk rett for å legge vekt på hans uttalelser. Videre vektlegger juridiske forfattere ofte Sivilombudsmannens praksis i sine fremstillinger. Dette indikerer at andre kunnskapsrike jurister legger Sivilombudsmannens oppfatninger til grunn.

Det er videre relevant å se hvordan fylkesmennene selv vurderer sin kompetanse ved lovlighetskontroll. Fylkesmennene i Østfold og Buskerud har gitt meg innsyn i flere av sine lovlighetsvedtak. Jeg benytter enkelte av disse som eksempler i fremstillingen. Jeg legger begrenset vekt på fylkesmannens praksis som rettskildefaktor, blant annet fordi den er vanskelig tilgjengelig. Det 18 fylkesmenn, som følge av dette kan praksis være uensartet. Selv om jeg har fått innsikt i hvordan enkelte fylkesmenn oppfatter lovlighetskontrollen i medhold av kommuneloven § 59, kan det ikke tas for gitt at dette er gjengs oppfatning blant alle.

1.3.5 Teori

Det foreligger mange teoretiske bidrag vedrørende domstolenes prøving av forvaltningsvedtak. Jeg vil spesielt framheve "Forvaltningsrett", 1997 av Eckhoff /

Smith, "Generell forvaltningsrett", 2002 av Graver samt Frihagens "Forvaltningsrett" bind I til III, 1992.

Av spesiell litteratur nevnes Eivind Smiths artikkel "détournement de pouvoir omkring 1920 og i dag" publisert i Festskrift til Torstein Eckhoff.

Det er ikke tvilsomt at juridisk teori er en relevant rettskilde, da domstolene viser til juridisk teori i sine avgjørelser.

Vekten av juridisk teori som rettskilde er på en annen side noe mer usikkert. Eckhoff legger til grunn at "rettsvitenskapen har liten vekt som rettskildefaktor, men at den likevel øver ganske stor faktisk innflytelse i rettslivet" (Eckhoff, 1997 s.265). Eckhoff fremhever at på det forvaltningsrettslige området har juridisk teori tradisjonelt hatt stor *faktisk* betydning. En av grunnene til dette antas å være at det ofte utgis kommentarutgaver til nye forvaltningsrettslig lover. Rettsadvokater i forvaltningen har som følge av stort tidspress ikke kapasitet til å undersøke andre rettskilder og legger kommentarutgavene til grunn for sin tolkning, hvilket ikke er i overensstemmelse med god juridisk metode. Det kan sågar diskuteres om kommentarutgaver kan defineres som juridisk teori.

Forvaltningsretten er videre et rettsområde hvor teori og rettspraksis gjensidig har påvirket og utviklet hverandre. Eksempel på dette er læren om myndighetsmisbruk. På begynnelsen av 1900- tallet hersket det usikkerhet vedrørende spørsmålet om forvaltningsavgjørelser som ikke var direkte lovstridige, kunne settes til s. når skjønnet var vilkårlig eller bygget på utenforliggende hensyn. I Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1902 s. 8 la førstvoterende til grunn at dette ikke var tilfellet, mens de andre dommerne ikke uttalte seg om dette. Ragnar Knoph utga imidlertid kort tid etter et arbeid hvor han la til grunn at prinsippet om ugyldighet ved myndighetsmisbruk også måtte gjelde etter norsk rett. I de følgende tiårene fattet Høyesterett vedtak som tydet på at de var i ferd med å slutte seg til myndighetsmisbrukslæren (Eckhoff, 1997 s. 269).

Der det foreligger rettspraksis angående de rettslige problemstillingene jeg reiser i oppgaven vil jeg vektlegge dette i større grad en juridisk teori.

1.3.6 Reelle hensyn

Det er to hovedformer for reelle hensyn som står sentralt i fremstillingen. Dette er rettssikkerhets - og samfunnshensyn. De sentrale samfunnshensynene er behovet for nasjonal styring i motsetning til ivaretagelse av lokaldemokratiet.

Det er klart relevant ved tolkning av en rettskilde å vektlegge hvilken betydning en konkret løsning har for borgerens rettssikkerhet, da Høyesterett tar hensynet til rettssikkerhet i betraktning i sine avgjørelser. Jeg legger videre til grunn at det ”er relevant å vurdere de samfunnsmessige virkninger som man antar at en løsning av et rettsspørsmål vil få” (Eckhoff, 1997 s. 361).

Dersom de ovennevnte rettskilder gir klare svar på de rettslige problemstillinger jeg reiser, vil jeg tillegge reelle hensyn mindre vekt. Foreligger det ikke andre autoritative rettskilder vil jeg tillegge reelle hensyn betydelig vekt.

1.3.7 Oppsummering av rettskildesituasjonen

Rettskildesituasjonen vedrørende fylkesmannens lovlighetskontroll og domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak er noe ulik. Den ene hovedforskjellen ligger i at fylkesmannens legalitetskontroll er lovfestet, med den konsekvens dette får for rettskildebildet. Videre foreligger det en del rettspraksis vedrørende domstolskontroll, en viktig rettskilde som gir mindre veiledning angående fylkesmannens legalitetskontroll. På sistnevnte rettsområde for dermed andre rettskilder økt betydning.

1.4 Begrepsavklaring

Det må innledningsvis forklares hva som menes med begrepet ”forvaltningens frie skjønn”. Denne betegnelsen har ikke fått et enhetlig innhold i norsk forvaltningsrettslig terminologi. Ulike bidragsytere til den juridiske litteratur har lagt en noe ulik definisjon av begrepet til grunn i sine fremstillinger.

At en avgjørelse skal treffes på grunnlag av skjønn betyr at beslutningstakeren skal treffe den på grunnlag av vurderinger han foretar.

Eckhoff / Smith bruker begrepet ” fritt forvaltningsskjønn” i den betydning at ” de aktuelle deler av forvaltningens kompetanse ikke fullt ut er styrt av rettsregler, i den forstand at reglene ikke gir uttømmende svar på hva forvaltningen kan foreta seg” (Eckhoff / Smith, 1997 s. 267).

Frihagen legger trolig samme forståelse til grunn. Han forklarer begrepet forvaltningens frie skjønn med at ”det siktes da til det spillerom loven gir organet til selv å vurdere hva vedtaket skal gå ut på ”(Frihagen 1992 s. 181). Graver ser ut å slutte seg til den definisjon av begrepet som de ovennevnte forfattere legger til grunn (Graver, 2002 s. 255).

Motsetningen til det frie skjønn er det lovbundne skjønn. Dette er en betegnelse på at både betingelsessiden og rettsfølgesiden av en regel er fullstendig regulert av kompetansegrunnlaget. Ved lovbundne avgjørelser blir det følgelig ikke rom for egne vurderinger fra forvaltningen, og vedtak med hjemmel i et lovbundet kompetansegrunnlag kan overprøves fullt og helt av domstolene. De fleste skatte og trygderettslige bestemmelser er lovbundne. Et annet eksempel på strengt lovbundet kompetanse er militærnektekløven⁶ § 1. Justisdepartementet skal etter bestemmelsen fritta den vernepliktige, dersom det er grunn til å anta at han ikke kan utføre militærtjeneste av noen art, uten å komme i konflikt med sin alvorlige overbevisning.

Boe (Boe, 1993 s.49) har en annen begrepsbruk. Han tar utgangspunkt i et skille mellom de betingelser som må foreligge for at det foreligger kompetanse, og hva det i så fall kan treffes avgjørelser om. Hvis regelen gir anvisning på at beslutningstakeren kan velge om og eventuelt på hvilken måte kompetansen skal brukes, betegner Boe dette som skjønn. Han kaller rettsanvendelse å fastlegge av betingelsene for å bruke kompetansen, og av om kompetansen gir rom for skjønn. De vurderinger som eventuelt må foretas under rettsanvendelsen kaller han lovskjønn.

I det store og hele ser det ut til at uenigheten om hvordan begrepet ”fritt skjønn” skal defineres i den forvaltningsrettslige terminologi, kun er en strid om hensiktsmessighet. Uavhengig av hvilken definisjon som legges til grunn er poenget at lovgiver i visse

⁶ 19. mars 1965 nr.3

situasjoner gir forvaltningen adgang til å velge om og eventuelt hvordan vedtakskompetansen skal benyttes. Det skjønnet som ligger til grunn for forvaltningens vurderinger og standpunkt som fattes på bakgrunn av en slik hjemmel kan domstolene ikke overprøve.

1.5 Oppbygging av oppgaven

For i best mulig grad å belyse oppgavens problemstilling, har jeg valgt å strukturere oppgaven på følgende måte:

I kapittel to redegjør jeg for den rettspolitiske begrunnelsen for lovlighetskontroll og domstolskontroll, herunder den historiske forankringen.

Kapittel tre omhandler de prosessuelle vilkårene for at et forvaltnings vedtak skal behandles av henholdsvis domstolen og fylkesmannen.

I kapittel fire behandler jeg hvilke sider av det materielle forvaltningsvedtaket kontrollinstansene har kompetanse til å overprøve.

Deretter behandles i kapittel fem følger av om kontrollinstansene skulle komme til at forvaltningene har handlet i strid med hjemmelgrunnlaget for et vedtak.

Endelig følger en vurdering / oppsummering av i hvilken grad domstolenes prøving av forvaltningens frie skjønn er sammenfallende med fylkesmannens lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.

Med unntak av kapittel seks er det et de lege lata perspektiv som er lagt til grunn for fremstillingen.

2 Rettspolitisk begrunnelse for domstolskontroll og fylkesmannens lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak

2.1 Domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak

Det ble tidlig på 1800 - tallet fastslått gjennom rettspraksis at domstolene kunne prøve gyldigheten av forvaltningsavgjørelser. I 1818 avsa Høyesterett en dom som kjente en skatteligning ulovlig. Flertallet fant at de kunne kjenne ligningen ugyldig da ”et sted maa jo dog Borgerne kunne erholde rettet Øvrighedens Feil. Antoges det modsatte, saa vilde Inconseqvenser derav følge”(Assessor Collet i Høyesteretts voteringsprotokoll 1818-B, sitert etter Helseth 1998 s. 327). Forut for Høyesterettsdommen hadde også Stortinget lagt til grunn at forvaltningsvedtak kunne prøves rettslig.

Det har vært stor enighet i norsk rett om at domstolene har kompetanse til å overprøve forvaltningsvedtak. Omfanget av prøvelsesretten har derimot vært omtvistet (Forvaltningskomiteens innstilling s. 359). Som nevnt ovenfor er domstolenes rett til å prøve forvaltningsvedtak nå ansett for å være konstitusjonell sedvanerett. Dette innebærer at Stortinget bare kan frata domstolene kompetansen til å overprøve forvaltningsvedtak ved grunnlovsendring. Lovgiver kan dog på konkrete, avgrensede områder regulere og begrense adgangen til å prøve lovligheten av et forvaltningsvedtak. Lovendringen må imidlertid ikke gripe inn i prøvingsrettens indre kjerne.

Eksempel på lovbestemmelse som på et konkret område avskjærer domstolskontroll er lotteriloven⁷ § 1 annet ledd hvor det er tillagt departement å avgjøre ”med bindende virkning om det foreligger lotteri...”

⁷ 24. februar 1995 nr. 11

Det aktuelle temaet vedrørende domstolenes prøvingsadgang av forvaltningsvedtak er i dag i hvilke situasjoner domstolene ikke kan overprøve forvaltningsvedtak. Det er dette spørsmålet står sentralt i den videre framstillingen.

2.1.1 Rettspolitisk begrunnelse

Legalitetsprinsippet

Domstolenes overprøving av forvaltningsvedtak kan begrunnes med utgangspunkt i legalitetsprinsippet.

”Legalitetsprinsippet går ut på at visse tiltak på grunn av sitt innhold krever hjemmel i lov” (Eckhoff 1997 s. 237). Prinsippet er følgelig en skranke for utøvelse av forvaltningsvirksomhet. For Stortinget er legalitetsprinsippet primært en saksbehandlingsregel som gir direktiv om lovform. Domstolene berøres av legalitetsprinsippet i to henseender. Retten må for det første selv ha lovhjemmel når det treffer enkelte domsavgjørrelser. Dette følger blant annet av Grunnloven §§ 96 og 97. Den andre konsekvensen av legalitetsprinsippet er at domstolene skal føre kontroll med at forvaltningen har tilstrekkelig hjemmel for de vedtak som treffes. Det er den sistnevnte virkningen av legalitetsprinsippet som er sentralt her.

Som skranke for forvaltningsmyndighet har legalitetsprinsippet vært positivt angitt ved regelen om at ”offentlige myndigheter ikke kan gripe inn ovenfor borgerne i individuelle tilfelleruten å ha hjemmel for det i formell lov” (Andenæs 1997 S.176). Eckhoff tar i Forvaltningsrett av 1980 til orde for en negativ forklaring av begrepet. Utgangspunktet for tilnærming var den kjensgjerning at forvaltningen må ha kompetanse for å kunne treffe rettslige beslutninger. Denne kompetansen kan følge av Grunnlovens spesielle kompetanseregler, eierrådighet og avtale, organisasjons - og instruksjonsmyndighet eller følge av sedvane. Alle disse kompetansegrunnlagene har imidlertid begrenset rekkevidde. Kan ingen av de ovennevnte kompetansegrunnlagene anses for å gi tilstrekkelig hjemmel for å fatte den rettslige beslutningen, må den rettslige beslutningen i tilfelle ha hjemmel i lov for å anses gyldig.

Kravet til legalitet utgjør den sentrale begrunnelse og fundament for domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak (Graver 2002 s. 73). Ved domstolskontroll vil borgerne

få prøvet forvaltningsvedtakets lovlighet for domstolene, med den konsekvens at dersom forvaltningsorganet har fattet et vedtak det ikke har hatt kompetanse til, vil domstolene kjenne vedtaket ugyldig.

Det er flere eksempler i rettspraksis på at legalitetsprinsippet mer eller mindre direkte har ført til at et forvaltningsvedtak er kjent ugyldig. Et eksempel er Høyesteretts dom av 7. mai 1996 ”Hagangur II” (Kraby, 1996 s. 145).

Når legalitetsprinsippet får anvendelse kan tolkningen av en hjemmelslov undertiden føre til at domstolene stiller kvalitative krav til utdøvelsen av forvaltningsskjønnet. (Kraby, 1996). Eksempel på dette er ”Isene dommen” (Rt 1981 s. 745) som vil bli behandlet nedenfor.

Legalitetsprinsippet gir et prinsipielt og praktisk grunnlag for domstolskontrollen.

Domstolene kunne i prinsippet bare prøvd om forvaltningsvedtaket etter sitt innhold var i samsvar med lov og andre regler, samt fattet på grunnlag av en forsvarlig saksbehandling og vurdering. Da domstolene i henhold til legalitetsprinsippet kan prøve om vedtaket har tilstrekkelig hjemmel, får de et bredere grunnlag å bygge på.

Domstolene vil dermed i realiteten ha større mulighet til å øve kontroll med og veilede forvaltningen i spørsmål som angår borgernes rettssikkerhet.

Lex superior prinsippet

Prøvelsesretten kan videre begrunnes ut fra det alminnelige lex superior prinsippet.

Dette prinsippet fastslår at regler av høyere rang går foran regler av lavere rang ved en eventuell motstrid. Forvaltningsorganet er bundet av rettsregler av høyere rang enn det de selv utsteder, og må følgelig handle i overensstemmelse med gjeldende rett for at vedtaket skal være gyldig.

Generelle rettssikkerhetsbetraktninger

Begrepet rettssikkerhet er en samlebetegnelse på flere hensyn. Den tradisjonelle betydning av rettssikkerhet er at borgerne skal ha sikkerhet for sine rettigheter. For å oppnå dette, var tanken at borgerne trengte beskyttes både mot andre borgere og mot staten (Graver 2002 s. 99 med videre henvisninger). I den senere rettssikkerhetsdebatt er

det særlig borgernes rettssikkerhet ovenfor staten som har vært det sentrale tema, og da i særdeleshet at den enkelte skal være beskyttet mot overgrep fra det offentlige.

Forvaltningsorganer må ha kompetanse for å kunne fatte vedtak som påvirker borgernes rettsstilling. I denne betydningen er legalitetsprinsippet som skranke for forvaltningsmyndighet å karakterisere som en del av rettssikkerhetsbegrepet.

Videre fremmer det borgernes rettssikkerhet at domstolene som en uavhengig instans overprøver forvaltningens vedtak. Domstolene er uavhengige i den forstand at andre myndighetsorganer som Storting og regjering ikke kan instruere dem. Dette i motsetning til fylkesmannens lovlighetskontroll, da fylkesmannen som kjent er en del av statsforvaltningen. Forvaltningskomiteen la i sin innstilling til grunn at domstolskontrollen "... regnes i dag som den viktigste rettssikkerhetsgaranti borgerne har når det gjelder lovligheten av forvaltningsvedtak" (Forvaltningskomiteens innstilling s. 339).

Domstolsprøving av forvaltningsvedtak er kan øke antallet riktige materielle avgjørelser. Dette fremme rettssikkerheten. Domstolsprøving bidrar til riktige forvaltningsvedtak ved at vedtaket da er underlagt kontroll av svært juridisk kyndige personer. Dertil kommer den normerende effekten det må antas å ha at forvaltningsorganet vet at vedtak kan bli gjenstand for domstolsprøving.

2.2 Fylkesmannen

2.2.1 Historisk forankring

Lovbestemmelser som gir fylkesmannen anledning til å føre tilsyn med kommunal virksomhet, har lange røtter i norsk kommunelovgivning. Formannskapslovene av 1837 hadde en bestemmelse som ga fylkesmannen et utsettende veto, idet kommunestyret måtte behandle saken på nytt dersom fylkesmannen nektet å godkjenne vedtaket. I kommunelovene av 1921 ble ordningen omdannet til en legalitetskontroll slik vi kjenner den i dag. Kommuneloven av 1954 § 60 slo fast en ordning som innebar at alle vedtak truffet av kommunestyret ble gjenstand for en automatisk legalitetskontroll av fylkesmannen.

Denne sistnevnte ordningen fungerte etter så vel statlige som kommunale instansers syn ikke tilfredstillende. Ordningen med automatisk legalitetskontroll var ressurskrevende. Det ble hevdet at de kritikkverdige forhold i de kommunale forvaltningsvedtak som ble avdekket, ikke stod i forhold til ressursbruken. Videre var flere viktige kommunale vedtak ikke omfattet av kontrollen. Dertil kom en økt kompetanseheving innad i kommunen. Det var imidlertid enighet om at det fremdeles var behov for statlig kontroll med kommunen. Ved kommuneloven av 1992 ble den automatiske legalitetskontrollen erstattet med adgang for tre av kommunestyrets medlemmer til å klage et vedtak fattet av et kommunalt forvaltningsorgan inn for fylkesmannen. Fylkesmannens adgang til å iverksette kontroll av eget tiltak ble opprettholdt. Til forskjell fra den tidligere kommuneloven av 1960 er alle forvaltningskommunale vedtak gjenstand for lovlighetsklage, ikke bare vedtak fattet av kommunestyret.

Vedtaket av kommuneloven av 1992 § 59 innebar dermed en økt grad av frihet for kommunene.

(For en mer utførlig redegjørelse for den historiske utviklingen av forholdet mellom stat og kommuner Bernt 2001 kapittel 3 og angående fylkesmannens overprøving spesielt se NOU 1990: 13 s 289.)

2.2.2 Rettspolitisk begrunnelse for fylkesmannes lovlighetskontroll

Kompetansetildeling

Vår samfunnsstruktur er bygd opp slik at Staten har det overordnede ansvar for styring av samfunnsutviklingen. Kommunene og fylkeskommune er etablert av statlige myndigheter, det er staten som avgjør gjennom lovgivning hvordan kommunale organer skal organisere og hvilke samfunnsoppgaver de skal utføre. Kommunale og fylkeskommunale forvaltningsorganer utøver dermed i realiteten delegert statsmyndighet. Dette legitimerer at statlige institusjoner fører løpende tilsyn og kontroll med kommunal- og fylkeskommunal virksomhet.

Behovet for en sentral samfunnsstyring for å ivareta grunnleggende nasjonale målsetninger.

Kommuner og fylkeskommuner har i lang tid hatt ansvaret for å yte sentrale velferdsgoder til borgerne eksempelvis innenfor skole – og helsevesenet. Kommunene er fremdeles en viktig aktør i velferdsstaten. Fylkeskommunene har imidlertid fått færre oppgaver det siste tiåret, blant annet har ansvaret for sykehusene blitt en statlig oppgave. Hensynet til at alle borgere får de velferdsgoder de rettmessig har krav på uavhengig av i hvilken kommune de bor tilsier statlig kontroll. Statlig kontroll med kommunene vil dermed styrke borgernes rettssikkerhet og fremme likebehandling.

Kommunal og fylkeskommunal kompetanse

En annen faktor som taler for at statlige organ kan overprøve kommunale vedtak er at kommunene i mange tilfeller ikke besitter tilstrekkelig grad av faglig juridisk kompetanse. Fylkesmannen har derimot en egen juridisk avdeling.

Momentet kan eksemplifiseres med lovlighetskontrollforetatt av fylkesmannen i Buskerud vedrørende Ål kommunes vedtak om å nedlegge Vats skule. Den rettslige problemstillingen i saken var hvorvidt en vararepresentant som deltok i kommunestyret var innhålig i saken etter forvaltningsloven § 6. Ved kommunens egen behandling av lovlighetsklagen ble det uttalt at ”Håilitetsspørsmål er kompliserte spørsmål som går langt ut over vår kompetanse.”

Vedtaketts innhold

Videre framheves det av Kommunelovutvalget at det ofte kan være en fordel at en sak løftes ut av kommunen (NOU 1990: 13 s. 291). Gjenstand for lovlighetskontroll er ofte vedtak som internt er omstridt i kommunen eller fylkeskommunen. Det kan være hensiktsmessig at en uavhengig utenforstående instans da overprøver vedtaket.

Hensynet til behovet for snarlig overprøving

Behovet for en relativt snarlig avklaring ved rettslig tvil vedrørende et kommunalt vedtak, kan begrunne lovlighetskontroll. Fatter kommunen et vedtak om ekspropriasjon til gjennomføring av reguleringsplan eller bebyggelsesplan etter plan- og bygningsloven (lov av 14. juni 1985) § 35, kan det være viktig å få prøvd lovligheten av dette innen rimelig tid.

Hensynet til lokaldemokratiet

Videre kan det være at fylkesmannen som en statlig instans som har sitt virke ute i de områdene hvor lokalpolitiske vedtak fattes er bedre egnet til å overprøve den enn en sentralt plassert myndighet. Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner kan undertiden begrunnes ut fra hensynet til de lokale institusjonene selv. Statlig styring gir vern mot kommunale og fylkeskommunale uheldige beslutninger, beslutninger som igjen kan ha som konsekvens at den kommunale og fylkeskommunale selvråderetten ytterligere begrenses. Eksempel på dette er at flere kommuner påtok seg låneforpliktelser de ikke klarte å betjene. Konsekvensen av dette var at kommunen ikke hadde økonomi til å gjennomføre de oppgaver de var pålagt av statlige myndigheter. Følgelig hadde ikke disse økonomisk kapasitet til å på ta seg oppgaver eller forta kommunalpolitiske vedtak som ikke var lovpålagt. Dette begrenset selvsagt kommunenes spillerom for å forta lokalpolitiske prioriteringer. På bakgrunn av flere kommuners store låneopptak ble § 59 a tilføyd kommuneloven ved lov av 7. juni 2000 nr.71. Bestemmelsen fastslår at kommunale og fylkeskommunale låneopptak i nærmere angitte situasjoner må godkjennes av departementet.

På den annen side står hensynet til lokaldemokratiet og desentralisering. Inndeling i kommuner og fylkeskommuner skal være med på å gi den enkelte borger mulighet til å påvirke sin hverdag og sitt lokalmiljø. Desentralisering skal ivareta muligheten for lokale variasjoner og mangfold. Dette er hensyn som tradisjonelt har blitt sterkt vektlagt i norsk politikk, og som taler mot statlig overprøving av vedtak fattet av kommunale og fylkeskommunale forvaltningsorganer. I de tilfellene der fylkesmannen opptrer som ordinær klageinstans etter forvaltningsloven § 28 er det på det rene at han kan prøve alle sider ved vedtaket, herunder omgjøre det. I slike tilfeller er den statlige kontrollen med kommunale og fylkeskommunale vedtak sterk. Lovlighetskontroll i henhold til kommuneloven § 59 innebærer ikke en så omfattende prøving og ivaretar således hensynet til desentralisering i større grad. I Ot.prp. nr. 42 (1991-92 s. 202) fremholdes det at ” på denne måten vil lovlighetskontrollen også få mer preg av et middel til å få avklart rettslig tvil, enn et styrings – og kontrollredskap på statens hånd”.

Fylkesmannes lovlighetskontroll i medhold av kommuneloven § 59 kan slik sett sies å balansere behovet for en statlig kontroll med kommunale – og fylkeskommunale vedtak

med hensynet til lokaldemokratiet. Videre kan det prosessøkonomiske hensynet ved å avlaste domstolsapparatet være et argument for fylkesmannens lovlighetskontroll.

I tillegg er hensynet til rettssikkerhet en viktig begrunnelse for bestemmelsen om lovlighetskontroll (Se H-2123 pkt.4.1.1). De samme hensyn som er behandlet under avsnitt 2.1.1 gjør seg også gjeldende ved fylkesmannens lovlighetskontroll.

3 Prosessuelle vilkår for domstolskontroll og fylkesmannens lovlighetskontroll av forvaltningsvedtak

Jeg vil i dette kapittelet se på de prosessuelle vilkårene for å fremme en lovlighetsklage for fylkesmannen sammenlignet med de prosessuelle vilkårene som må være oppfylt for å fremme sak for domstolene med påstand om ugyldig forvaltningsvedtak.

Søksmål for domstolene om gyldighet av forvaltningsvedtak og om erstatning for skade som følge av et ugyldig forvaltningsvedtak må oppfylle de generelle reglene i ”Lov om rettergangsmåten for tvistemål” (tvistemålsloven) av 13. august 1915.

Hovedregel er at den som er misfornøyd med et forvaltningsvedtak kan velge om han ønsker å klage over vedtaket til overordnet forvaltningsorgan eller gå direkte til domstolene for å få overprøvd vedtaket. Unntaket fra dette alminnelige utgangspunkt følger av tvistemålsloven § 475 annet ledd, som fastslår at det er et søksmålsvilkår i saker om administrative frihetsinngrep at klagemuligheten er uttømt. Etter tvistemålsloven § 437 første ledd kan forvaltningen også i andre saker bestemme at klagemuligheten må være uttømt før søksmål reises.

Tvistemålsloven §§ 53 og 54 gir generelle regler om hva det kan reises søksmål om, og hvem som kan gå til søksmål. Etter tvistemålsloven § 54 kan det bare reises fastsettelsessøksmål om ”et rettsforhold eller en rettighet er til eller ikke er til ” og bare av dem som har ”rettslig interesse” i å få dette fastslått. Dersom vilkårene i § 54 ikke er tilstede, skal retten avvise saken av eget tiltak.

Domstolene har over tid fastslått innholdet i begrepet ”rettslig interesse”.

Utgangspunkt er at søksmål etter § 54 kan reises av en som direkte er part i en aktuell, konkret rettstvist mot den som har de forpliktelser eller rettigheter det er snakk om

(Frihagen 1992 bind III s. 194). Videre synes domstolene å legge til grunn at enkeltpersoner og grupper har rettslig interesse dersom de har ment det er behov med en kontroll av forvaltningen ut fra hensynet til den eller de berørte borgere (Frihagen 1992 bind III s. 194). (For en mer inngående redegjørelse vedrørende rettergangsregler og søksmålsvilkår i forvaltningsaker viser jeg til Frihagen, 1992 bind III s. 189 flg.)

I henhold til kommuneloven § 59 kan ”tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget” bringe saken inn for fylkesmannen til lovlighetskontroll.

Det er altså bare medlemmer av kommunestyret / fylkestinget som kan anvende lovlighetsklage, og det må stå minst tre kommunestyre- eller fylkestingsmedlemmer bak en klage. I Kommunelovutkastet var det tilstrekkelig at bare ett medlem stod bak en slik klage. Flere høringsinstanser hevdet at dette ville medføre ”kverulanteri”, og selv om departementet var usikker på hvor stor denne faren var endret de bestemmelsen (NOU 1990: 13 s. 202). Departementet strøk vider forslaget om at administrasjonssjefen skulle ha adgang til å framsette lovlighetsklage, og viste til at en ”slik adgang vil kunne skape vansker i forholdet mellom de folkevalgte og administrasjonssjefen” (NOU 1990: 13 s. 202). Rett for partene eller andre med rettslig klageinteresse til å kreve lovlighetskontroll ved enkeltvedtak, ble foreslått av Kommunelovutvalget, men dette ble heller ikke fulgt opp av departementet.

Kommuneloven § 59 nr. 5 fastsetter at ”departementet kan på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll”. Dette innebære at fylkesmannen har adgang til å undersøke lovligheten av et vedtak selv om det ikke er framsatt lovlighetsklage etter de prosessuelle bestemmelser som kommuneloven § 59 nr.1 gir anvisning på.

Bakgrunnen for denne ordningen er i følge forarbeidene at det også på andre måter enn ved krav om lovlighetskontroll kan komme fram opplysninger som gir grunn til å se nærmere på et vedtak. Det ville være lite heldig om statlige myndigheter skulle stå maktesløse dersom ingen klageberettiget er interessert i å få overprøvd vedtaket. (Ot.prp. nr. 42 s. 203)

Dette står i sterk kontrast til domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak. Domstolene kan i henhold til sikker rett ikke tre i virksomhet av eget tiltak.

Det har i teorien vært antatt at kommuneloven § 59 nr. 5 kan jevne ut noe av den store forskjellen det i utgangspunktet er mellom vilkårene om at man må ha rettslig interesse for å klage et forvaltningsvedtak inn for domstolen og at det bare er medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget som kan bringe en lovlighetsklage inn for fylkesmannen. Dette da bestemmelsen i praksis gir fylkesmannen mulighet til å ta opp saker fra andre enn kommunestyremedlemmene. På denne måten kan en part eller en som blir berørt av forvaltningsvedtaket få behandlet lovligheten av vedtaket av fylkesmannen. Departementet framholder i rundskriv H- 2123 at fylkesmannen i vurderingen av om han skal foretas en lovlighetskontroll skal vektlegge om anmodningen om lovlighetskontroll kommer fra sakens parter. Videre hvor viktig vedtaket er for partene, og konsekvenser av om det blir stående. På den annen side fremhever forarbeidene at kompetansen til å iverksette en lovlighetskontroll på eget initiativ bør brukes med varsomhet, slik at det bør hefte stor usikkerhet ved et vedtak før denne myndigheten brukes. Bestemmelsen er ment å være en sikkerhetsventil (Ot.prp. nr. 42 s. 203). Det synes dermed som om det er kan være vanskelig for berørte parter å få prøvet vedtakets lovlighet på bakgrunn av kommuneloven § 59 nr.5. En privat part har dermed i realiteten liten grad mulighet for å bidra til at et vedtak blir underlagt lovlighetskontroll.

I henhold til kommuneloven § 59 er det ”avgjørelser” som kan være gjenstand for lovlighetskontroll. Innholdet i dette begrepet er vanskelig å fastlegge på grunnlag av ordlyden alene. KRD legger imidlertid til grunn at begrepet er videre enn slik det er definert i forvaltningsloven § 2, og at generelt alle beslutninger som avgjør realitet omfattes. Det er imidlertid bare forvaltningsrettslige sidene ved en avgjørelse som er gjenstand for kontroll, ikke de rent privatrettslige. KRD hevder at dette innebærer at fylkesmannen eksempelvis ikke kan overprøve kommunestyrets avgjørelse om innrømmelse eller fraskrivelse av erstatningsansvar. Domstolene er selvsagt ikke prinsipielt avskåret fra å ta stilling til privatrettslige spørsmål.

4 Overprøving av forvaltningens personelle og prosessuelle kompetanse

Forvaltningens personelle kompetanse regulerer hvilket organ som kan treffe vedtaket og hvilken tjenestemann i organet som kan treffe vedtaket. Den prosessuelle kompetansen angir de saksbehandlingsregler som skal ligge til grunn for forvaltningsvedtaket.

Problemstillingen i det følgende er om fylkesmannen og domstolene kan overprøve hvorvidt forvaltningsorganet har handlet i overensstemmelse med den personelle og prosessuelle kompetansen som følger av det aktuelle hjemmelsgrunnlag.

4.1 Domstolenes prøving av forvaltningsorganets personelle og prosessuelle kompetanse

Det har som nevnt vært den alminnelige oppfatning fra tidlig på 1800-tallet at domstolene kan prøve lovligheten av forvaltningsvedtak. Prøvelse av lovligheten innbefatter en kontroll med at vedtaket er fattet på bakgrunn av den foreskrevne saksbehandling og av rett innstans.

Forvaltningskomiteen legger i sin innstilling til grunn at ”domstolene har myndighet til å avgjøre om vedtaket er truffet av rette myndighet og om det er begått feil ved sakens behandling” (Forvaltningskomiteens innstilling s. 370). Til støtte for denne oppfatningen vises det blant annet til professor Andenæs’ avhandling i Rt. 1947 s. 193 flg

Det framgår videre av rettspraksis at det ikke er tvilsomt at forvaltningens prosessuelle kompetanse kan overprøves. Jeg viser eksempelvis til annenvoterendes uttalelser i Rt 1995 s. 1427 (Naturreservatdommen) hvor han påpeker at domstolene kan prøve ”... om det foreligger feil i saksbehandlingen...”

Et annet eksempel på at domstolene prøver hvorvidt forvaltningsorganet har fattet vedtaket på bakgrunn av korrekt saksbehandling er ”Isene-dommen” Saken gjaldt

gyldigheten av et forkjøpsvedtak. Høyesterett kjente her vedtaket ugyldig da begrunnelsen for vedtaket ikke tilfredstilte kravene til forsvarlig saksbehandling. (Dommen er nærmere redegjort for i kapittel 7).

De saksbehandlingsregler domstolene prøver om forvaltningsorganet har lagt til grunn for sin avgjørelse er regler som følger av forvaltningsloven og særlovgivning, samt ulovfestede saksbehandlingsregler. (Slike ulovfestede saksbehandlingsregler er blant annet prinsippet om forsvarlig saksbehandling og forbud mot vilkårlige avgjørelser. Disse reglene behandler jeg under ”myndighetsmisbrukslæren” i kapittel fem.)

Det er også flere eksempler fra rettspraksis på at domstolene prøver at forvaltningen har handlet i tråd med sin personelle kompetanse. Et tilfelle er Høyesteretts avgjørelse i Rt.1990 s. 1001. Spørsmålet i saken var hvorvidt bygningsrådets vedtak om å nekte byggetillatelse måtte kjennes ugyldig fordi bygningsrådet i strid med dagjeldende bygningslov § 95 nr.2 annet ledd unnlot å forelegge formannskapet som veimyndighet spørsmålet om tillatelse til å benytte gang – og sykkelvei som adkomst. Høyesterett fant at det her forelå en kompetansemangel, og kjente vedtaket ugyldig.

4.2 Fylkesmannens prøving av forvaltningsorganets personelle kompetanse

Kommuneloven § 59 nr. 4 b) fastslår at det ved lovlighetskontroll skal tas stilling til om vedtaket ” er truffet av noen som har myndighet til å treffe en slik avgjørelse,...”

Dette innebærer at fylkesmannen har adgang til å prøve om vedtaket er fattet av det organ som etter det aktuelle hjemmelsgrunnlaget har kompetanse til å fatte et vedtak som det foreliggende.

Fylkesmannens i Østfolds lovlighetskontroll av vedtak fattet av Råde kommunestyre vedrørende nytt sykehjem i Rygge og Råde er et eksempel på at fylkesmannen overprøver den personelle kompetansen. Problemstillingen her var om en kommunestyrerepresentant som hadde meldt gyldig forfall, kunne tre inn i kommunestyremøtet i stedet for den som var innkalt som representantens vara. Videre om denne vararepresentanten hadde anledning til å fortsatt delta i kommunestyremøtet, da som vara for en annen representant. Fylkesmannen fastslår at et

varamedlem møter for en bestemt representant, og at det derfor ikke er anledning til å bytte varamedlem etter behov. Representanten med gyldig forfall skulle således ikke deltatt i kommunestyrets avstemning i saken.

Kommunestyret eller fylkestyret er i utgangspunktet det rette organ, da de fleste særbestemmelser som legger myndighet til andre kommunale eller fylkeskommunale organer ble opphevet ved lov av 11.juni 1993 nr.85.

Unntak fra dette må følge enten av lov eller gyldig delegasjonsvedtak. Kommunestyrer og fylkesting har i stor utstrekning delegert myndighet til kollegiale organ eller administrasjonen. Følger det ikke begrensninger av dette delegasjonsvedtaket er det som hovedregel adgang for disse organene til å videredelegere den tildelegerte kompetansen. Foreligger det et delegasjonsvedtak fra kommunestyre eller fylkesting innebærer dette at fylkesmannen skal prøve om det foreligger en gyldig delegasjonsrekke.

4.3 Fylkesmannens prøving av forvaltningsorganets prosessuelle kompetanse

Det følger av kommuneloven § 59 nr.4 c) at fylkesmannen skal ta stilling til at avgjørelsen ” er blitt til på lovlig måte”.

Fylkesmannens skal dermed overprøve om forvaltningen har handlet i overensstemmelse med sin prosessuelle kompetanse. Kommunelovutvalget uttaler at ”kravet om at avgjørelsen skal ha blitt til på lovlig måte, refererer seg for det første til krav til den ytre saksbehandling, i forvaltningsloven, sværlovgivningen og ut fra ulovfestede prinsipper” (NOU 1990:13 s. 410).

I de lovlighetsklager jeg har gjennomgått er spørsmålet om det foreligger brudd på saksbehandlingen den gjennomgående rettslige problemstillingen ved siden av spørsmålet om vedtaket er i overensstemmelse med forvaltningsorganets materielle kompetanse.

De saksbehandlingsregler fylkesmannen skal prøve om forvaltningsorganet har fulgt er for det første de saksbehandlingsregler som følger av kommuneloven og

forvaltningsloven. I tillegg kan saksbehandlingsregler følge av den eventuelle særlov som hjemler forvaltningens kompetanse til å fatte vedtak. Videre må forvaltningen ha fulgt de ulovfestede prinsipper for god forvaltningsskikk (NOU 1990: 13 s. 410).

4.4 Konklusjon

Både domstolene og fylkesmannen overprøver forvaltningens personelle og prosessuelle kompetanse. Omfanget av overprøvingen er sammenfallende.

5 Overprøving av forvaltningens materielle kompetanse

5.1 Oversikt – oppbygning av kapitlet.

Med prøvelse av vedtakets materielle innhold, forstås en kontroll av domstolene og fylkesmannen med hvorvidt forvaltningen har kompetanse til å treffe vedtak med et innhold som det foreliggende.

Den overordnede rettslige problemstillingen i dette kapitlet er om, og eventuelt i hvilken utstrekning, domstolene og fylkesmannen kan prøve forvaltningsvedtakets innholdsmessige lovlighet. Dette må fastlegges på grunnlag av tolkning av forvaltningens kompetansegrunnlag i det enkelte tilfelle.

For i best mulig grad å belyse problemstillingen, legger jeg til grunn at vedtaksprosessen av et forvaltningsvedtak kan inndeles i fire faser. En slik oppdeling vil nødvendigvis bli skjematisk, og i realiteten vil det ikke være et skarpt skille mellom de ulike delene. Jeg finner det allikevel hensiktsmessig å benytte denne teoretiske tilnærmingen i det følgende.

Jeg forutsetter at forvaltningen innledningsvis fastlegger faktum i saken når de skal fatte et vedtak. Jeg drøfter derfor først i hvilken grad kontrollinstansene kan overprøve om forvaltningen har fattet sitt vedtak på bakgrunn av *riktige faktiske forhold*.

Videre legger jeg til grunn at forvaltningsorganet foretar en tolkning av hjemmelsgrunnlaget de mener vil komme til anvendelse i det aktuelle tilfellet. I de fleste tilfeller vil kompetansegrunnlaget være en lovbestemmelse. Jeg vil således drøfte i hvilken grad forvaltningsorganets *tolkning av den aktuelle lovbestemmelse* kan prøves.

Deretter forutsetter jeg at forvaltningen fastslår om faktumet i saken faller inn under lovens vilkår, slik de har tolket lovbestemmelsen. Jeg vil vurdere hvilken adgang det er

for fylkesmannen og domstolene til å prøve denne konkrete rettsanvendelsen, også kalt *subsumsjonen*.

Det kan framgå av lovbestemmelsen at forvaltningsorganet har myndighet til å bestemme om det skal fatte vedtak, og eventuelt hva vedtaket skal gå ut på. Dette betegnes som forvaltningens *hensiktsmessighetsskjønn*. Hvorvidt hensiktsmessighetsskjønnet kan overprøves behandler jeg til slutt i kapittelet.

5.2 Overprøving av faktum

5.2.1 Domstolene

Forvaltningskomiteen uttaler at domstolenes kompetanse til å prøve om forvaltningen bygger sitt vedtak på rett og tilstrekkelig faktum er ”vår rettsstilling” (Innstilling fra forvaltningskomiteen s. 371)

Høyesterett har lagt det samme synspunkt til grunn i eksempelvis Rt. 1960 s. 1374 (Drosjeeierdommen). Det kom i denne avgjørelsen klart fram at domstolene stiller krav til de faktiske premissene forvaltningen bygger vedtaket på.

Førstvoterende uttaler på s. 1378: ” At domstolene kan prøve holdbarheten av det faktiske grunnlag en slik avgjørelse bygger på, må anses som sikkert fastslått.”

Saken gjaldt en drosjeeier som ikke fikk fornyet kjørebrev. Forvaltningen begrunnet vedtaket med at drosjeeieren ikke hadde holdt bilene i ordentlig stand. Opplysninger som kom frem under saken, viste imidlertid at det ikke hadde vært noe å utsette på drosjene. Samferdselsdepartementets vedtak var dermed fattet på et sviktende faktisk grunnlag, og Høyesterett kjente vedtaket ugyldig.

Der det etter en tolkning av forvaltningens kompetansegrunnlag må slutes at domstolene ikke kan prøve forvaltningsorganets subsumsjon - og/ eller hensiktsmessighetsskjønn, kan domstolene allikevel prøve det faktum organet har lagt til grunn for skjønnet. (Kontrollorganenes kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon blir behandlet i avsnitt 6.3) Dette synspunktet utleder jeg av rettspraksis og

Forvaltningskomiteens innstilling. Forvaltningskomiteen fremholder at domstolenes adgang til å prøve faktum ”gjelder også det faktiske grunnlaget for forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser” (Forvaltningskomiteens innstilling s. 371).

Rt. 1995 s. 1499(Hemmnes kommune) er et eksempel på at domstolene prøver det konkrete faktum som ligger til grunn for forvaltningens skjønn. Dommen gjaldt gyldigheten av eiendomsskattetakst for Ranaverkene med overføringslinjer til Hemnes kommune. Taksten var fastsatt av overtakstnemnda. I henhold til eiendomsskatteloven⁸ § 33 jf. byskatteloven⁹ § 5, skal eiendomsskatten for kraftverk baseres på et skjønn over kraftverkets salgsverdi. Det er i rettspraksis og teori lagt til grunn at den skjønnsmessige fastsettelsen av verdien ikke kan prøves av domstolene. Høyesterett kom allikevel til at overtakstnemndas vedtak måtte oppheves. Bakgrunnen for dette var at overtakstnemnda hadde lagt feil fakta til grunn ved fastsettelsen av kraftverkets antatte salgsverdi. Høyesterett uttaler blant annet ”etter min mening kan det imidlertid ikke være riktig – slik overtakstnemnda har gjort – å vurdere det økende krafttilbud fra de kraftverk som takseres, isolert sett”.

Disse dommene viser at det er viktig å skille mellom den situasjonen der forvaltningen har feilbedømt bakenforliggende fakta, og det tilfellet der det er den skjønnsmessige vurderingen av vilkårene i lovbestemmelsene kontrollinstansene er uenig i. I sistnevnte situasjon kan det være at domstolene og fylkesmannen ikke kan overprøve forvaltningsorganets vedtak, med mindre det foreligger myndighetsmisbruk. Dette poenget kan illustreres med den ovennevnte ”Drosjedommen”. Grunnen til at samferdselsmyndighetene antok at drosjene var for dårlig vedlikeholdt, var at de bygde på uriktige opplysninger om de faktiske forhold. Forvaltningsorganet hadde lagt feil fakta til grunn for sitt vedtak, dette kunne domstolene prøve. Dersom årsaken til at samferdselsmyndighetene hadde funnet at det forelå ”dårlig vedlikehold” var at de stilte svært strenge krav til vedlikehold av drosjene, kunne domstolene ikke prøvd om betingelsene var for strenge. Denne vurderingen er trolig overlatt til forvaltningens frie skjønn (denne problemstillingen er nærmere redegjort for i Eckhoff s. 583).

⁸ 30. mai 1975 nr.20

⁹ 18. august 1911 nr.9

5.2.2 Fylkesmannen

En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”innholdsmessig lovlig” i kommuneloven § 59 nr. 4 a) er at fylkesmannen først og fremst skal kontrollere at vedtaket er i samsvar med gjeldende rett. Språklig sett er det dermed noe uklart om kommuneloven § 59 nr. 4 hjemler fylkesmannens adgang til å prøve om forvaltningsvedtaket er fattet på bakgrunn av korrekt faktum.

Forarbeidene gir imidlertid veiledning vedrørende denne problemstillingen. Kommunelovutvalget uttaler i på s. 410 i sin innstilling at kravet om at avgjørelsen skal ha blitt til på lovlig måte ”omfatter imidlertid også krav til de faktiske og vurderingsmessige premisser avgjørelsen bygger på; den skal bygge på et korrekt og fullstendig faktum.”

Uttalelsen støttes av hensiktsmessighets- og rettssikkerhetshensyn. Skal fylkesmannen vurdere om forvaltningen har kompetanse til å fatte et vedtak med det aktuelle innhold, er det hensiktsmessig at han først utreder om forvaltningsorganet har lagt riktig faktum til grunn. Fylkesmannens overprøving av faktum øker sannsynligheten for en effektiv og reell lovlighetskontroll. Har forvaltningen lagt uriktig faktum til grunn for sin avgjørelse, kan det være at den anvendte lovbestemmelse ikke gir grunnlag for å fatte et vedtak som det foreliggende. Reelle hensyn taler for å forstå ”innholdsmessig lovlig” slik at fylkesmannens kompetanse til å prøve faktum omfattes av begrepet.

Videre er det forhold at domstolene kan overprøve det faktum som ligger til grunn for forvaltningens skjønnsmessige vurderinger, et argument for at fylkesmannen har den samme kompetansen. Domstolene har ikke nødvendigvis en kompetanse og funksjon som gjør dem bedre egnet til å overprøve faktum enn fylkesmannen.

KRD fastholder i rundskriv H -2123 at ”forvaltningsvedtaket skal bygge på et korrekt og fullstendig faktum” og at ”slike faktiske og vurderingsmessige premisser for en avgjørelse også er gjenstand for prøving.”

5.2.3 Konklusjon

På bakgrunn av ovennevnte praksis, teori og reelle hensyn slutter jeg at så vel domstolene som fylkesmannen kan prøve om forvaltningen bygger sitt vedtak på rett og fullstendig faktum. Prøvingskompetansen omfatter også faktum som ligger til grunn for forvaltningsorganet skjønnsmessige vurderinger.

5.3 Kontrollinstansenes prøving av forvaltningens lovtolkning.

5.3.1 Domstolene

Rettspraksis viser at domstolene kan overprøve forvaltningens lovtolkning. Eksempel på dette er Rt. 1934 s. 330 (Grisehusdommen). Problemstillingen i dommen var om forvaltningen hadde kompetanse til å forby grisehold. Forvaltningen kunne etter dagjeldende lovgivning nedlegge forbud mot grisehold i ”villamessig bebygget” strøk. Høyesterett så seg kompetente til å overprøve forvaltningens generelle lovtolkning av begrepet ”villamessig bebyggelse”. Høyesterett mente videre at de kunne vurdere hvorvidt det aktuelle området kunne sies å være ”villamessig bebygget”. Det vil si at Høyesterett også her overprøvde forvaltningens subsumsjon.

(I hvilken utstrekning domstolen kan overprøve forvaltningens subsumsjon vil bli behandlet nedenfor.)

Et annet eksempel på at høyesterett prøver forvaltningens lovtolkning er Rt. 1969 s. 568. Førstvoterende fremhever her at ”domstolene får i disse saker begrense seg til å kontrollere om avgjørelsen ligger innenfor rammen av et forsvarlig skjønn, og om det bygger på en riktig tolkning av loven og dens formål” (Rt.1969 s. 570).

Etter Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt 1991 s. 586 (Sur – place flyktning) kan det diskuteres om domstolene i visse situasjoner ikke kan overprøve forvaltningens lovtolkning (Graver, 2002).

Den rettslige problemstillingen i dommen gjaldt forståelsen av bestemmelsen i den tidligere fremmedloven av 1956 § 2 om retten til asyl. Avgjørende i saken var den generelle tolkningen av lovens begrep ”flyktning”. Problemstillingen var hvorvidt dette begrepet omfattet en person som kunne risikere å forfølges på grunn av omstendigheter knyttet til hans egen virksomhet, etter at han forlot hjemlandet. Dette betegnes som en subjektiv sur – place flyktning. Førstvoterende uttalte at det måtte være opp til forvaltningens frie skjønn å fastlegge om begrepet ”flyktning” også omfattet subjektive sur - place flyktninger. Førstvoterende la til grunn at flyktningbegrepet etter den

tidligere fremmedloven og flyktningskonvensjonen hadde et kjerneområde. Dette kjerneområdet kunne ikke fastslås en gang for alle, men ville påvirkes av ulike faktorer over tid. Førstvoterende fant at domstolene ikke kunne overprøve forvaltningens lovtolkning utenfor dette kjerne område.

Førstvoterende uttaler at ”flyktninger som omfattes av kjerneområdet, må etter fremmedloven innvilges politisk asyl i Norge. Utenfor kjerneområdet vil det derimot være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningbegrepet praktiseres. Domstolenes prøvelsesrett vil da neppe bli mer omfattende enn ved prøvingen av forvaltningsvedtak truffet etter fritt skjønn. Men også den nærmere avgrensningen av kjerneområdet må i første omgang tilligge forvaltningsmyndighetene og domstolene bør vise tilbakeholdenhet med å overprøve de standpunkter som inntas” (Rt. 1991 s. 594).

Dette begrunnet førstvoterende med at det krevde betydelig fagkunnskap å fastlegge innholdet i dette begrepet. Annen -, fjerde og femtevoterende sluttet seg til førstvoterendes syn på denne problemstillingen. Tredevoterende la derimot til grunn at domstolene også kunne overprøve forvaltningens tolkning av begrepet ”sur-place flyktning”. Høyesteretts flertall avstod følgelig fra å overprøve forvaltnings lovtolkning av flyktningsbegrepet.

I juridisk teori finner vi uttalelser som indikerer at det foreligger forskjellig oppfatninger vedrørende domstolenes adgang til å overprøve forvaltningens lovtolkning. Eckhoff / Smith legger til grunn at ”generell lovtolkning alltid er en rettslig oppgave” (Eckhoff / Smith s 268). Dette begrunnes med at generell lovtolkning reiser rettslige spørsmål. Graver hevder at det ikke kan oppstilles noe fast regel om at domstolene aldri overlater deler av den generelle lovtolkningen til forvaltningen. Graver mener dette synspunktet støttes av ”Sur – place flyktningdommen”. Han presiserer allikevel at det må mer til for at den generelle lovtolkningen skal anses å være unndratt domstolsprøving enn den konkrete subsumsjonen (Graver, 2002 s. 260 flg.).

I realiteten er det mulig at Graver og Eckhoff / Smith er enig vedrørende domstolens kompetanse til å overprøve lovtolkningen. Det er viktig å skille den situasjonen der domstolen ikke har kompetanse til å overprøve fra de tilfellene domstolene har kompetanse til å overprøve, men avstår fra å bruke kompetansen. Graver kan referere til

sistnevnte situasjon, når han legger til grunn at domstolene kan overlate lovtolkningen til forvaltningen. I henhold til alminnelig rettskildelære vil ikke domstolene være innkompetente til å overprøve forvaltningsvedtaket før Høyesterett i det konkrete tilfellet har fastslått dette. Skillet mellom situasjonen der domstolene ikke har kompetanse og det tilfelle der domstolene avstår fra å bruke sin kompetanse, er også viktig når det gjelder domstolenes prøving av forvaltningens subsumsjon.

I Rt. 1995 s. 1427 (Naturreservatdommen) var problemstillingen vedrørende domstolenes kompetanse til å overprøve forvaltningsvedtak på ny sentral. Førstvoterende uttaler her at ” det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen...” (Rt. 1995, s. 1433). Annenvoterende slutter seg i dette spørsmålet til førstvoterendes oppfatning.

Hensynet til borgernes rettssikkerhet er et tungtveiende argument for at domstolene skal kunne overprøve forvaltningens tolkning av skjønnsmessige begrep. Har forvaltningen lagt en uriktig lovforståelse til grunn for sitt vedtak, kan situasjonen være at forvaltningen ikke har hjemmel for å fatte et vedtak som det foreliggende. Slik sett er legalitetsprinsippet (jf. kapittel 2) et argument for at domstolene skal overprøve forvaltningens lovtolkning.

På bakgrunn av ovennevnte rettskilder konkluderer jeg med at *hovedregelen er at domstolene har kompetanse til å overprøve forvaltningens tolkning av det skjønnsbegrep som ligger til grunn for forvaltningsorganets subsumsjon - og/ eller hensiktsmessighetsskjønn.* ”Sur – place flyktning dommen” viser imidlertid at domstolene kan avstå fra å benytte denne kompetansen. Dette må anses å være en snever unntaksregel, som må begrunnes ut fra helt særegne forhold i det konkrete tilfelle.

Begrensning av forvaltningens frie skjønn gjennom lovtolkning

Det er gjennom en tolkning av kompetansegrunnlag, det fastlegges hvilke vedtak forvaltningen har hjemmel til å treffe. Utgangspunktet om at domstolene og fylkesmannen kan prøve forvaltningens lovtolkning (sist nevnte tema behandles i

pkt.5.3.2). Dette kan medføre at kontrollorganene begrenser forvaltningsorganenes kompetanse og frie skjønn gjennom overprøving av lovtolkning.

Eksempel på at domstolene gjennom lovtolkning utvider omfanget av prøvingsretten er avgjørelsene i Rt. 1995 s. 72 (Utvisningsdom I) og Rt. 1998 s. 1795 (Utvisningsdom II). Det prinsipielle spørsmålet i begge avgjørelser var hvorvidt forvaltningens forholdsmessighetsvurdering etter Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr.64 (utlendingsloven) § 29 jf. § 30 kunne overprøves av domstolene. I Utvisningsdom I konkluderte Høyesterett med at domstolene ikke hadde kompetanse til å overprøve dette. I Utvisningsdom II legger derimot Høyesterett til grunn at utlendingens lovens § 29 jf. § 30 må tolkes slik at den gir anvisning på ”et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene.”(De nevnte avgjørelser vil bli nærmere redegjort for under pkt 5.4)

Det er forhold som tilsier at domstolene i større grad enn fylkesmannen kan utvide sin egen kompetanse gjennom lovtolkning. En av grunnene til dette er at domstolen kan overprøve den lovtolkning fylkesmannen har lagt til grunn. Det skal trolig mindre til for at domstolene overprøver fylkesmannens lovtolkning, enn at Stortinget ved lovendring korrigerer domstolenes lovtolkning.

5.3.2 Fylkesmannen

Fylkesmannens adgang til å overprøve forvaltningens lovtolkning må fastlegges på bakgrunn av begrepet ”innholdsmessig lovlig” i kommuneloven § 59 nr. 4 a).

Et forvaltningsvedtak vil ikke være innholdsmessig lovlig om ikke forvaltningsorganet har hjemmel til å fatte et slikt vedtak. Har forvaltningsorganet feiltolket hjemmelsgrunnlaget, kan resultatet være at nødvendig lovhjemmel ikke foreligger. Ordlyden i bestemmelsen trekker således i retning av at fylkesmannen kan overprøve forvaltningens lovtolkning.

Kommunelovutvalgets uttalelser støtter denne forståelsen. Det er i innstillingen lagt til grunn at begrepet ”innholdsmessig lovlig” omfatter både et krav om at vedtaket ikke skal stride mot lov og om nødvendig ha hjemmel i lov (NOU 1990:13).

I Rundskriv H – 2123 heter det at ”det skjønn som utøves i forbindelse med den generelle tolkning av enn rettsregel, typisk prøving av hva som ligger i et skjønnsmessig begrep i loven, betegnes som rettsanvendelsesskjønn, og er ikke fritt.” Jeg oppfatter det dit hen at KRD legger til grunn at fylkesmannen kan prøve forvaltningens lovtolkning.

Uttalelsen indikerer også at fylkesmannen kan overprøve tolkning i de tilfellene der det ferdig tolkede begrepet skal inngå i en skjønnsmessig vurdering som ikke kan overprøves. Hensyn som taler mot å legge dette til grunn, er at Fylkesmannen i motsetning til domstolene, ikke innehar en slik særskilt kyndighet i forhold til tolkning av lovbestemmelser. På den annen side skal være lovlighetskontrollen være effektiv, samt avdekke feil ved forvaltningsvedtak. Disse hensynene taler for at fylkesmannen skal prøve forvaltningens lovtolkning. Herunder hva som ligger i et skjønnsmessig begrep i loven. Rettssikkerhetshensyn trekker i samme retning.

Rettssikkerhetshensynene er de som taler for at domstolene skal overprøve forvaltningens forståelse av skjønnsmessige begrep. (Behandlet under pkt.5.3.1).

Det framlagte rettskildematerialet viser at fylkesmannen har kompetanse til å overprøve forvaltningens lovtolkning, også av skjønnsmessige begrep.

Eksempel på lovbestemmelser der fylkesmannen kan overprøve forvaltningens tolkning av et skjønnsmessig begrep er plan – og bygningsloven § 78 nr. 1. Bestemmelsen fastslår at det:

”i boligstrøk ikke må føres opp bedrifter og anlegg eller drives virksomhet som etter kommunenes skjønn vil medføre særlig brannfare eller være til vesentlig ulempe for beboerne i strøket.”

Fylkesmannen vil ved en lovlighetskontroll ha kompetanse til å overprøve om kommunen har lagt en riktig lovforståelse til grunn med hensyn til hva som ligger i begrepet ”særlig brannfare” og ”vesentlig ulempe”. Kommunens skjønnsmessig vurdering av om en slik tillatelse skal gis, kan i derimot ikke overprøves. Denne vurderingen ligger innenfor kommunens hensiktsmessighetsskjønn.

(Hensiktsmessighetsskjønnet behandles i avsnitt 6.4.2).

5.3.3 Oppsummering og hovedkonklusjon

Domstolene og fylkesmannen har kompetanse til å overprøve forvaltningens lovtolkning, herunder hva som ligger i et skjønnsmessig begrep. Selv om domstolene har slik kompetanse, viser Sur-place dommen at Høyesterett unntakskvis avstår fra å benytte denne kompetansen.

Rettspraksis viser derimot at Høyesterett i større utstrekning utvider sin kompetanse til å overprøve forvaltningsvedtak. Vekten av Sur-place flyktningdommen må derfor sees i lys av dette.

5.4 Kontrollinstansenes prøving av forvaltningens konkrete rettsanvendelse

5.4.1 Domstolene

I Utvisningsdom I var saksforholdet at Justisdepartementet besluttet å utvise en utlending som kom til Norge i 1976, gutten var da 13 år. Bakgrunnen for utvisningsvedtaket var at han var straffedømt her Norge, blant annet for narkotika forbrytelser. Justisdepartementet fattet utvisningsvedtaket med hjemmel i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav b jf. § 30 annet ledd bokstav b. I sist nevnte paragraf heter det at utvisning ikke kan besluttet ”dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak ovenfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene”.

Det prinsipielle spørsmålet saken reiste var om forvaltningens vurderinger etter utlendingsloven § 30 i sin helhet kunne prøves av domstolene, eller om deler av avgjørelsen var unndratt domstolsprøvelse. Førstvoterende uttaler at ”Jeg kan etter dette ikke se at det er belegg for noen annen tolkning av utlendingsloven § 30 tredje ledd enn at det konkrete skjønn ved anvendelsen av bestemmelsen tillegger departementet, og må respekteres av domstolene” (Rt.1995 s.78). Høyesterett legger med andre ord til grunn at domstolene ikke kan overprøve forvaltningens subsumsjon.

I ”Naturreservatdommen” var saksforholdet at forvaltningen hadde fattet vedtak om å frede to vann med de nærmeste omgivelser som naturreservat i medhold av naturvernloven¹⁰. Grunneierne hevdet at vedtakene var ugyldige. Det er tre alternative vilkår som må foreligge etter naturvernloven § 8. Problemstillingen i saken var hvorvidt vilkåret ”utgjør en spesiell naturtype” var oppfylt. Det prinsipielle spørsmålet var hvorvidt domstolene kunne overprøve om de aktuelle områdene var ”en spesiell naturtype”, det vil si forvaltningens subsumsjon.

¹⁰ 19. juni 1970 nr.63

Førstvoterende uttalte at ”det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolen kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også den konkrete subsumsjonen ved lover som gjør inngrep ovenfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må det særskilt begrunnes.” Mindretallet sluttet seg ikke til førstvoterendes syn på domstolenes kompetanse til å overprøve subsumsjonen.

I Utvisningsdom II la Høyesterett på nytt til grunn at domstolene kan overprøve forvaltningens subsumsjon. Den rettslige problemstillingen var, som i Utvisningsdom I, hvorvidt forvaltningens forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven § 29 annet ledd jf. § 30 tredje ledd kunne overprøves av domstolene. Høyesterett konkluderte nå med at denne forholdsmessighetsvurderingen kunne overprøves av domstolene. Førstvoterende uttaler på side 1803 at ”etter min oppfatning taler de beste grunner for å anse den forholdsmessighetsvurderingen som utlendingsloven § 29 annet ledd § 30 tredje ledd gir anvisning på som et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene.” Høyesterett legger med andre ord til grunn at domstolene kan overprøve forvaltningens subsumsjon.

Dertil kommer at rettssikkerhetshensyn taler for at domstolene kan overprøve subsumsjonen. Dette gjelder særskilt ved de vedtak som virker inngripende ovenfor borgerne.

Det klare utgangspunkt i henhold til nyere rettspraksis må dermed kunne sies å være at *domstolene som hovedregel har kompetanse til å prøve forvaltningens subsumsjon. Unntak fra dette må særskilt begrunnes.*

5.4.2 Fylkesmannen

Spørsmålet om fylkesmannen kan overprøve forvaltningens subsumsjon, og eventuelt i hvilken utstrekning, beror på en tolkning av begrepet ”innholdsmessig lovlig” i kommuneloven § 59 nr. 4 a)

Ordlyden sier ikke klart om fylkesmannen kan overprøve forvaltningsorganets subsumsjon ved en lovlighetskontroll.

Forarbeidene gir heller ikke veiledning angående denne problemstillingen.

KRD fremhever i rundskriv H – 2123 at ”om subsumsjonen kan overprøves må normalt variere etter vurderingstemaets art.” Dette kan tyde på at fylkesmannen som utgangspunktet har kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon.

En gjennomgang av enkelte lovlighetsklager foretatt av fylkesmannen, viser at fylkesmannen selv oppfatter det slik at kommuneloven § 59 gir han kompetanse til også å overprøve forvaltningens subsumsjon.

Lovlighetskontroll foretatt av fylkesmannen i Østfold datert 16.mai 2002 er et eksempel på dette. I forhold til spørsmålet om Haldens kommunestyres vedtak er i overensstemmelse med havneloven § 23 uttaler fylkesmannen at han ikke går inn på ”noen drøftelse av det nærmere innhold i havneloven § 23 vedrørende hva som kan regnes som ”havneformål” i denne saken, utover å fastslå at det er Fiskeridepartementet som har den endelige avgjørelsesmyndighet i forhold til dette”.

Denne uttalelse oppfatter jeg slik at fylkesmannen selv anser at han i utgangspunktet kan overprøve kommunestyrets subsumsjon, men at lovgiver i dette konkrete tilfellet har lagt denne kompetansen til Fiskeridepartementet.

Videre taler rettssikkerhetshensyn for at fylkesmannen skal ha kompetanse til å overprøve subsumsjonen.

På bakgrunn av disse argumentene konkluderer jeg med at *fylkesmannen i utgangspunktet kan overprøve forvaltningsorganets subsumsjon*. I hvilke situasjoner det foreligger begrensninger i dette utgangspunktet vil bli behandlet nedenfor.

5.4.3 Begrensninger i domstolenes og fylkesmannens adgang til å prøve forvaltningens subsumsjon.

I Utvisningsdom II legger Høyesterett til grunn at det er unntak fra utgangspunktet om at domstolene overprøver forvaltningens subsumsjon. Juridisk teori støtter dette standpunktet (Graver, 2002 s. 261, Eckhoff / Smith, 1997 s. 279).

Fylkesmannen er som domstolene avskåret fra å overprøve forvaltningens subsumsjon i enkelte situasjoner. Det følger av rundskriv H – 2123 at fylkesmannens overprøvningskompetanse vil variere etter vurderingstemaets art. Videre er det ulike samfunnshensyn som taler for at fylkesmannen og domstolene i visse situasjoner ikke har kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon. (Disse hensynene framkommer nedenfor.)

Problemstillingen er i det følgende å fastlegge i hvilke situasjoner fylkesmannen og domstolene er avskåret fra å prøve forvaltningens subsumsjon. Dette må avgjøres ut fra en konkret tolkning av forvaltningens hjemmelsgrunnlag. Rettspraksis og teori har imidlertid angitt typiske situasjoner som indikerer at subsumsjonen hører inn under forvaltningens frie skjønn.

Vage ord og uttrykk

Når lovens ordlyd er vag eller gir anvisning på skjønn kan dette være et moment for at lovbestemmelsen overlater til forvaltningen å avgjøre subsumsjonen (Eckhoff, 1997). At lovbestemmelsen inneholder skjønnsmessige ord og uttrykk, er ikke tilstrekkelig til å gjøre subsumsjonsskjønnet fritt. Som tidligere nevnt må dette fastlegges etter konkret tolkning av lovbestemmelsen som hjemler forvaltningsvedtaket.

I Utvisningsdom I uttaler Høyesterett at begrepet i ”uforholdsmessig tiltak” ” er så vag og skjønnsmessig at den i seg selv er et argument mot at domstolene har full prøvelsesrett”. Høyesterett inntok, som redegjort for, derimot ikke dette standpunktet i Utvisningsdom II.

Et annet eksempel på at Høyesterett overprøver subsumsjonen selv om lovbestemmelsen inneholder vage ord og uttrykk er Grisehusdommen (Omtalt i pkt. 5.3.1).

Fylkesmannens overprøving etter kommuneloven § 59 begrenses heller ikke nødvendigvis av at lovbestemmelsen inneholder skjønnsmessige og vage begreper. Kommunen kan gi dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7 dersom ”særlige grunner foreligger”. I rundskriv H - 2123 er det lagt til grunn at vurderingen av om det i den enkelte sak foreligger ”særlige grunner” kan overprøves.

Lovbestemmelsens formål

Formålet er et viktig moment i vurderingen av om subsumsjonsskjønnet er fritt. Inneholder lovbestemmelsen formuleringer som at forvaltningsorganet ”finner”, ”avgjør” eller at det ”etter forvaltningens skjønn” skal fattes vedtak, er dette formuleringer som tyder på at lovgiver har ment å overlate subsumsjonen til forvaltningens skjønn. Konkurranseloven¹¹ § 3- 11 er et eksempel på dette. Utrykket ”dersom tilsynet finner” i lovteksten, trekker i retning av at det er konkurransetilsynet som skal avgjøre om ”vedkommende erverv vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning i strid med formålet i lovens § 1-1.”

Rt. 1928 s. 529 er et eksempel på at Høyesterett har konkludert med at de ikke kan overprøve subsumsjonen på bakgrunn av ovennevnte begreper. Saken omhandlet Kongens rett til å fatte vedtak om tvungen voldgift av 5. mai 1927. Den aktuelle bestemmelse i saken hadde formuleringen: ”Finner kongen at en sådan tvist, som lov om arbeidstvister § 6 nr. 3 nevner, utsetter betydelig samfunnsinteresser for fare...” Førstvoterende uttalte vedrørende domstolenes prøvingsrett ”at den skjønnsmessige avgjørelse angaaende tilstedeværelsen av fare for samfunnsinteressene, er av loven uttrykkelig overlatt til Kongen, og at denne avgjørelsen saaledes ikke kan tilsidesettes av domstolene. ”

¹¹ 11.juni 1993 nr.65

Framgår det av lovbestemmelsens formål at subsumsjonen skal foretas av et lokalt folkevalgt organ, er dette et forhold som taler mot at fylkesmannen kan overprøve.

Eksempel på en slik lovbestemmelse er plan – og bygningsloven § 63 nr. 3 som lyder:

” Heller ikke må eiendom deles eller enhet som nevnt bortfestes slik at det dannes tomter som etter kommunens skjønn er mindre vel skikket til bebyggelse på grunn av sin størrelse eller form.”

Vurderingstemaets art

Vurderinger av spesielt faglig -, økonomisk og politisk art avstår domstolene i enkelte tilfeller fra å prøve. Dette er vurderinger som krever fagkunnskap, forvaltningen anses derfor mer kompetent til å foreta slike vurderinger enn kontrollorganene¹². Dette er imidlertid bare en hovedtendens. Det finnes eksempler på høyesterettsavgjørelser hvor forvaltningens subsumsjon er overprøvd, selv om vurderingstema har vært av en slik særskilt karakter. Illustrerende for dette er Utvisningsdommen II.

Hensynet til lokaldemokratiet er et sterkt argument mot at domstolene og fylkesmannen som statlig organ skal overprøve subsumsjonen der vurderingstema er av politisk karakter. Dette momentet er av særlig betydning ved fylkesmannens lovlighetskontroll, da kontrollen ofte innebærer prøving av vedtak fattet av folkevalgt organ.

Forvaltningsloven § 34 inneholder regler om klageinstansens kompetanse. Ved lov av 10. januar 1997 nr. 7, fikk bestemmelsen et nytt annet ledd tredje punktum. Tilføyelsen pålegger statlige klageinstanser å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved overprøving av det frie skjønn. Forvaltningsloven § 34 regulerer fylkesmannens kompetanse som alminnelig overordnet klageorgan. Bestemmelsen kommer følgelig ikke direkte til anvendelse ved lovlighetskontroll. KRD påpeker imidlertid i rundskriv H – 2123 at endringen i forvaltningsloven § 34 også ville ha betydning for fylkesmannens legalitetskontroll etter kommuneloven § 59. Denne uttalelsen trekker i retning av at fylkesmannen ikke skal overprøve subsumsjonen der skjønnsstemaet gir anvisning på lokalpolitiske skjønnsvurderinger. Et eksempel på en slik lovbestemmelse

¹² Dette er som vist i avsnitt 5.3.2 forhold som også kan medføre at domstolen ikke overprøver lovtolkningen.

er Plan – og bygningsloven § 78 som sier at kommunen kan forby bebyggelse som avviker fra det som er vanlig i et strøk. Vilåårene for dette er at ”det etter kommunens skjønn vil hindre eller i særlig grad vanskeliggjøre en forsvarlig utvikling av strøket i fremtiden ”.

Vurderingstemaer som er av mer juridisk eller moralsk art, er det i juridisk teori antatt at domstolene i større utstrekning prøver forvaltningens subsumsjon (Graver, 2002 s. 263). Bakgrunnen for dette er at domstolene ofte foretar slike vurderinger. Domstolene har således lang erfaring med og anser seg kompetente til å overprøve forvaltningsorganets vurderinger. Et slikt resonnement kan ikke sies å ha samme vekt for fylkesmannens kompetanse til å prøve subsumsjonen.

Vurdering av politisk art er en typisk oppgave for den utøvende makt. Domstolenes uavhengighet og objektivitet kan svekkes dersom de foretar slike vurderinger. Dette gjelder i samme grad ved fylkesmannens lovlighetskontroll, da fylkesmannen er en del av den utøvende makt.

Vurderinger som i utpreget grad vil kunne variere med skiftende samfunnsforhold og samfunnssyn kan høre inn under forvaltningens frie skjønn. Det kan gå lang tid mellom hver gang domstolene og i særdeleshet Høyesterett får en sak til behandling. Høyesterett får dermed ikke anledning til å korrigere sin tidligere oppfatning, dersom endrede samfunnsforhold tilsier at dette er nødvendig. Fylkesmannens lovlighetskontroll finner derimot sted forholdsvis kort tidsrom etter vedtaket. Dertil kommer at fylkesmannen kan ta saken opp til behandling på eget initiativ. Fylkesmannen har dermed trolig kompetanse til å overprøve skjønn som skifter med samfunnsforholdene.

Vedtaketts innhold

Dersom domstolene eller fylkesmannen anser at det på grunn av inngrepets art eller vedtakets rimelighet er behov for domstolsprøving, kan dette være et moment som taler for overprøving av subsumsjonen. I Naturrestatdommen uttalte førstvoterende at domstolene måtte kunne overprøve forvaltningens subsumsjon ”ved anvendelsen av lover som gjør inngrep ovenfor den enkelte” (Rt 1995 s.1433).

5.4.4 Oppsummering og hovedkonklusjon

Så vel domstolene som fylkesmannen overprøver forvaltningens subsumsjon. De faktorene som avskjærer deres kompetanse, er i stor utstrekning sammenfallende. Fylkesmannens kompetanse til å overprøve subsumsjonen er trolig generelt mer begrenset enn domstolenes. Dette er en konsekvens av at fylkesmannen i stor utstrekning prøver lokalpolitiske vedtak fattet av folkevalgte organer.

5.5 Kontrollinstansenes adgang til å overprøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn.

Et såkalt hensiktsmessighetsskjønn foreligger der det aktuelle hjemmelsgrunnlaget for forvaltningsvedtaket må tolkes slik at det tillegger forvaltningen å avgjøre om og på hvilken måte kompetansen skal benyttes.

5.5.1 Overprøvingskompetansen

Det er i rettspraksis og teori fastslått at *domstolene ikke kan overprøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn*. Eksempelvis uttalte førstvoterende i Utvisningsdommen II at ”den konkrete vurdering av hvorvidt utlendingen i tilfeller hvor utvisningen ikke fremstår som et utforholdsmessig tiltak skal utvises må høre under forvaltningens frie skjønn” (Rt. 1998 s. 1803).

En naturlig språklig forståelse av begrepet ”innholdsmessig lovlig” omfatter ikke fylkesmannens adgang til å overprøve forvaltningsorganets hensiktsmessighetsskjønn.

I Rt.1999 s. 496 var saksforholdet at Formannskapet i kommunen hadde inndratt en skjenkebevilling med hjemmel i alkoholloven¹³ § 1-8. Vedtaket ble etter klage stadfestet av fylkesmannen jf. alkoholloven § 1-16. Det framgår av ordlyden i alkoholloven § 1-16 og bestemmelsens forarbeider at omfanget av fylkesmannens overprøving skal være sammenfallende med det som følger av kommuneloven § 59. Kjennelsen er derfor en relevant rettskilde i fremstillingen. Kjæremålutvalget fremhever at fylkesmannen etter alkoholloven § 1-16 har ”full legalitetskontroll, idet han kan prøve om vedtaket er gyldig, men at han ikke kan prøve det forvaltningsmessige hensiktsmessighetsskjønnet, herunder kommunens alkoholpolitiske prioriteringer.”

I rundskriv H – 2123 framhever KRD at dersom en lovtekst gir kommunen valgfrihet med hensyn til hva vedtaket skal gå ut på, kan forvaltningsorganets vurdering ”normalt ikke overprøves”.

¹³ 2. juni 1989 nr.27

Bernt hevder at lovlighetskontrollen er ganske lik den alminnelige domstolskontroll. Dette mener han blant annet innebærer at kontrollen ikke omfatter de skjønnsmessige sidene ved avgjørelsen (Bernt, 2002 s. 722).

Konklusjonen etter dette blir at *verken domstolene eller fylkesmannen kan overprøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn.*

5.5.2 Fastlegging av i hvilke situasjoner lovbestemmelsen gir anvisning på hensiktsmessighetsskjønn

Temaet for dette avsnittet er å avgjøre når regelen gir anvisning på at forvaltningen har et hensiktsmessighetsskjønn. Dette må fastlegges ved en tolkning av forvaltningens kompetansebestemmelse. Bestemmelsens ordlyd er utgangspunktet for tolkningen.

Er forvaltningen gitt myndighet til å ta stilling til hva avgjørelsen skal gå ut på, er dette ofte markert ved at kompetanseregelen betingelsesledd og følgeledd er koblet sammen med ordet ”kan” (Innjord 1996). Eksempel på dette er plan- og bygningsloven § 7 hvor det heter at ”når særlige grunner foreligger, kan kommunen, dersom ikke annet er fastsatt i vedkommende bestemmelse, etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon”. Denne uttrykksmåten taler for at fylkesmannen ved en lovlighetskontroll ikke overprøver kommunens vurdering av om det var hensiktsmessig å gi dispensasjon i det aktuelle tilfellet. Derimot kan fylkesmannen prøve om kommunen har lagt riktig fakta til grunn, rett forståelse av begrepet ”særlige grunner” samt om det foreligger særlige grunner i dette aktuelle tilfellet (jf. konklusjonene i de foranstående avsnitt).

Andre eksempler på ”kan – fullmakt” er konkurranseloven § 3- 10 første ledd som lyder:

Konkurransetilsynet kan ved enkeltvedtak eller forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1.

Dersom de angitte vilkår foreligger, vil det i henhold til bestemmelsens ordlyd være opp til Konkurransetilsynets skjønn om det i det enkelte tilfelle skal benytte sin kompetanse.

En annen uttrykksmåte som indikerer at forvaltningen har et hensiktsmessighetsskjønn, er at betingelsessiden i kompetansebestemmelsen står åpen. Forskjellen fra de ovennevnte ”kan – fullmaktene” er at kompetansebestemmelsen ikke oppstiller konkrete vilkår for å bruke kompetansen (Innjord, 1996).

Et eksempel på at forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn kommer til uttrykk ved åpen betingelsessiden er plan – og bygningsloven § 70 nr. Her heter det at ”bygningens plassering skal godkjennes av kommunen”. Det er dermed opp til kommunens hensiktsmessighetsvurdering om byggingens plassering skal godkjennes. Loven oppstiller ikke vilkår for når en plassering av en bygging kan nektes godkjent. Avgjørelsen om å godkjenne en bygning er dermed i helhet overlatt til kommunens skjønn. Følgelig kan fylkesmannen ved en lovlighetskontroll ikke prøve om det var hensiktsmessig av kommunen å godkjenne bygningens plassering. Lovlighetskontrollen er begrenset til en prøving av om det foreligger korrekt saksbehandling, hvorvidt vedtaket er fattet av kompetent organ, kommunens tolkning av begrepet bygning og om den konkrete installasjonen må anses for å være en bygning i lovens forstand.

Forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn kan videre følge av at kompetanseregelens følgeside er mer eller mindre åpen. Det kan være slik at loven unnlater å spesifisere hva som kan vedtas, eller at den gir anvisning på alternative vedtak (Innjord, 1996).

Eksempel på en slik lovbestemmelse er jordlova¹⁴ § 8 fjerde ledd, som lyder:

Dersom dyrket jord ikke kan gi grunnlag for lønnsom drift, kan departementet gi pålegg om enten at jorden skal plantes med skog eller at det skal iverksettes tiltak av hensyn til kulturlandskapet.

Domstolene kan her ikke overprøve om departementets valg av type pålegg var hensiktsmessig.

¹⁴ 12. mai 1995 nr. 23

Særlig vid blir forvaltningens skjønnsfrihet dersom kompetansebestemmelsen gir anvisning på åpenhet både på betingelses – og følgesiden.

Et eksempel er plan- og bygningsloven § 25, hvor kommunen har fått kompetanse til å regulere fast eiendom på en rekke ulike måter (åpenhet på følgesiden), uten at det er oppstilt noen bestemte vilkår for når en slik regulering kan vedtas (Innjord, 1996).

5.6 Begrensninger på forvaltningsskjønnet - myndighetsmisbruk

Selv om forvaltningen har et fritt subsumsjons – eller hensiktsmessighetsskjønn, er skjønnet er underlagt visse begrensninger. Det kan eksempelvis følge av loven at forvaltningen plikter å legge vekt på konkrete hensyn i vurderingen av om kompetansen skal brukes. Et eksempel på dette er konsesjonsloven¹⁵ §§ 7 og 8. Bestemmelsene angir hvilke forhold forvaltningen skal vektlegge ved vurderingen av om den skal bruke sin kompetanse til å gi konsesjon etter lovens § 2 første ledd.

Dertil kommer det at loven også i enkelte tilfeller angir hva som må være formålet med vedtaket. Konkurransetilsynet kan etter § 3- 10 bare gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser konkurransen i strid med lovens formål.

Videre begrenses forvaltningens skjønn av de føringer som følger av læren om myndighetsmisbruk.

Myndighetsmisbrukslæren¹⁶ er ulovfestet. Reglene som går under betegnelsen myndighetsmisbruk er forbudet mot å fatte vedtak motiver av utenforliggende hensyn, vilkårlighet, forskjellsbehandling eller fatte vedtak som er sterkt urimelige. Innholdet i disse reglene vil bli nærmere redegjort for i det følgende.

¹⁵ 31. mai 1974

¹⁶ Min redegjørelse for myndighetsmisbrukslæren har til formål å belyse de to kontrollinstansenes prøvingsrett, den behandlingen jeg foretar av reglene må leses med dette perspektiv. For en mer utførlig behandling av myndighetslærens innhold viser jeg til Boe s. 704, Eckhoff / Smith kapittel 12, Graver s. 114 flg.

Domstolene

Det er gjennom rettspraksis fastslått at selv om forvaltningsvedtaket befinner seg innenfor området for forvaltningens frie skjønn, begrenses skjønnet av domstolenes rett til å prøve om det foreligger myndighetsmisbruk fra forvaltningens side (se avsnitt 1.3.5.) Konkrete eksempler på at domstolene prøver om det foreligger myndighetsmisbruk fra forvaltningens side vil følge under behandlingen av de ulike reglene som anses å falle inn under læren om myndighetsmisbruk.

Fylkesmannen

Kommuneloven § 59 sier at det skal tas stilling til om avgjørelsen ”er blitt til på en lovlig måte”. En alminnelig språklig forståelse av ordlyden, tilsier at bestemmelsen hjemler fylkesmannen kompetanse til å overprøve om forvaltningsorganet har misbrukt den myndighet det er tillagt.

Denne forståelsen støttes av forarbeidene. Kommunelovutkastet fastslår at begrepet omfatter en kontroll av om det foreligger myndighetsmisbruk, og av om forvaltningsorganet har handlet i tråd med andre ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper.

I rundskriv H-2123 legger KRD til grunn at selv om vedtaket faller innenfor kommunens skjønn, skal fylkesmannen prøve om det er utøvd vilkårlig forskjellsbehandling, grovt urimelig skjønn eller om det er tatt utenforliggende hensyn i saken.

Dette er forøvrig i samsvar med den legalitetskontroll som fulgte av den tidligere kommunestyreloven § 60. (For en videre redegjørelse for tidligere rettstilstanden under kommunestyreloven § 60 se Ot.prp. 1991 – 92 nr. 42 s 109 samt Bernt, Overå og Hove 2. 2002 s. 437- 40.)

På bakgrunn av ovennevnte rettskilder finner jeg det ikke tvilsomt at *fylkesmannen har kompetanse til å prøve om et forvaltningsvedtak er beheftet med myndighetsmisbruk.*

Innholdet i myndighetsmisbrukslæren

Utenforliggende hensyn

Domstolene og fylkesmannen kan for det første prøve om forvaltningen i sin skjønnsutøvelse har lagt vekt på utenforliggende hensyn.

Smith diskuterer i artikkelen ”Détournement de pouvoir omkring 1920 og i dag” bruk og innhold i begrepet ”myndighetsmisbruk” (Festskrift til Eckhoff, 1986 s. 615-629). Læren om ”Détournement de pouvoir” ble utviklet på 1800- tallet av høyeste domstol for forvaltningsaker i Frankrike. Helt sentralt i læren står skillet mellom ”motiver” og ”formål” når forvaltningen treffer et vedtak. *Formålet* er det subjektive, det beslutningstakeren ønsker å oppnå med sin avgjørelse. Motsetningsvis er *motivet* det faktiske eller rettslige grunnlaget for avgjørelsen noe objektivt. Foreligger det feil ved formålet, vil det i de fleste tilfeller også kunne påvises feil ved vedtakets motiver. Det kan være vanskelig å påvise feil ved motivene, domstolene kan da kjenne vedtaket ugyldig på grunnlag av feil ved formålet. Læren om utenforliggende hensyn / myndighetsmisbruk springer ut av læren om ”détournement de pouvoir”.

Smiths innvending mot det som i norsk rett betegnes myndighetsmisbruk er at det i rettspraksis og teori ikke har vært tilstrekkelig klargjort om et vedtak er blitt underkjent som følge av uriktig ”*formål*” eller ”*motiv*”. Det som betegnes som utenforliggende hensyn i norsk rett omfatter for det første den tradisjonelle læren om ”détournement de pouvoir”, det vil si forvaltningens subjektive formål. Dertil omfattes subsumsjon av fakta under lov – og ulovfestet hjemmelsgrunnlag, det vil si vedtakets motiver. Smith vil skille mellom de tilfeller der loven ikke gir adgang til å ta bestemte hensyn og de tilfeller der det strider mot ulovfestede prinsipper å gjøre dette. Han legger til grunn at det vil medføre en avklaring av hva som ligger i begrepet utenforliggende hensyn. Avklaringen kan bidra til å vise at man ”i mange tilfeller står ovenfor et valg mellom flere typer av grenser for forvaltningens kompetanse og – tilsvarende – mellom flere mulige utgangspunkter for angrep på forvaltningsvedtak” (Smith, 1986 s. 627). Videre vil man unngå bevisproblemer som følge av kontroll med subjektive *formål*, dersom vedtaket isteden underkjennes på bakgrunn av objektive *motiver*.

I den følgende framstillingen bruker jeg begrepet ”myndighetsmisbruk” i de situasjoner forvaltningsorganet har motivert sin avgjørelse med hensyn som ikke er legitime, eller har lagt for stor vekt på enkelte hensyn i forhold til det formål den aktuelle kompetansebestemmelse hjemler.

Domstolene har i lang tid lagt til grunn at det er et prinsipp i norsk forvaltningsrett at forvaltningsvedtaket ikke kan være basert på utenforliggende hensyn er inntatt. Et eksempel er Rt.1933 s.548 (Oslo Raadhushospits). Oslo formannskap avsto med 11 mot 10 stemmer søknad om skjenkebevilling fra Raadhushospits. Hotellet hadde tidligere hatt skjenkebevilling og det var ikke noe å si på innehaverens utøvelse av retten. En del av dem som stemte i mot var avholdsfolk som konsekvent stemte for avslag på alle søknader om skjenkebevilling. En av representantene fra Arbeidepartiet som også hadde stemt mot søknaden, hadde gitt klart uttrykk for at hans stemmegivning var et resultat av at hospiset hadde nektet de ansatte tariffavtale og drev virksomheten ved hjelp av streikebrytere. Høyesterett fant det svært sannsynlig at de øvrige representantene fra Arbeiderpartiet hadde stemt mot skjenkebevilling på samme bakgrunn. Dette var et utenforliggende hensyn i forhold til spørsmålet om skjenkebevilling og Høyesterett kjente vedtaket ugyldig.

Det må foretas en tolkning av det forvaltningens kompetansegrunnlag for å fastlegge hvilke hensyn forvaltningsorganet kan vektlegge og hvilke som er usakelige.

Ordlyden i hjemmelsbestemmelsen selv kan gi veiledning. Et eksempel på dette er alkoholloven § 1-7 a). Her heter det at ved kommunens vurdering av om bevilling bør gis ”kan kommunen blant annet legge vekt på antallet salgs- og skjenkesteder, stedets karakter, beliggenhet, målgruppe, trafikk- og ordensmessige forhold, næringspolitiske hensyn og hensynet til lokalmiljøet forøvrig”. Dette innebærer derimot ikke nødvendigvis at det er tatt utenforliggende hensyn hvis kommunen har vektlagt andre hensyn. Bestemmelsens ordlyd indikerer ikke at hensynene som er framhevet i lovbestemmelsen må vektlegges eller at de er uttømmende.

Videre vil lovens formålsparagraf gi veiledning om hvilke hensyn loven skal ivareta. Alkoholloven § 1-1 angir lovens formål, her heter det:

Reguleringen av innførsel og omsetning av alkoholholdig drikk etter denne lov har som mål å begrense i størst mulig utstrekning de samfunnsmessige og individuelle skader som alkohol kan innebære. Som ledd i dette sikter loven på å begrense forbruket av alkoholholdige drikkevarer. Har kommunen vektlagt hensyn som ikke er egnet til å nå det ovennevnte formål, kan fylkesmannen finne at det er tatt utenforliggende hensyn. Denne situasjonen vil da ikke være ulik forholdet i "Oslo Raadhushospitsdommen".

Lovens formål kan framgå av en særskilt formålbestemmelse slik som i alkoholloven, eller det kan være at formålet må fastlegges på et annet grunnlag. Eksempel på dette kan væreuttalelser i lovens forarbeider.

Videre har det i teori og praksis vært lagt til grunn at nærmere bestemte hensyn i de fleste tilfeller må anses å være utenforliggende. Den klare hovedregel er at den offentlige tjenestemann ikke kan fatte vedtak motivert av hensynet til egne interesser eller at han forfølger sin personlig eller religiøse oppfatning. Sistnevnte situasjon er selvsagt ikke klanderverdig dersom det er snakk om valgte politikere som sitter i politiske organer og i henhold til kompetansegrunnlaget kan vektlegge slike hensyn. De folkevalgte organer, må etter sin natur ha adgang til å legge vekt på politiske hensyn. Dette gjelder allikevel bare i begrenset utstrekning der det er snakk om enkeltvedtak etter forvaltningsloven eller andre avgjørelser som direkte gjelder enkeltpersoner.

Saklighetshensyn tilsier at forvaltningsorganet i de fleste tilfeller ikke kan vektlegge personlige kjennetegn hos en av partene. Dette må være på det rene der det kan påvises at forvaltningsvedtaket er basert på negative holdninger til en politisk eller religiøs oppfatning eller til minoritetsgrupper i samfunnet.

Rt. 1976 s. 614 konkluderte Høyesterett med at det ikke var utenforliggende hensyn at forvaltningen ivaretok søkerens sosiale forhold. Det var imidlertid en forutsetning at valget stod mellom flere kvalifiserte søkere. Det er i juridisk teori antatt at det også i andre saker en ansettelseaker kan legges vekt på velferdsmessige behov (Graver, 2002 s. 123).

Videre må det vurderes hvilken adgang forvaltningen har til å vektlegge økonomiske hensyn når de fatter vedtak. Det er på det rene at forvaltningen i en viss utstrekning kan vektlegge den offentlige økonomi. Det er imidlertid noe usikkerhet rundt i hvilken utstrekning økonomiske hensyn kan vektlegges. Graver mener at det kan være ”treffende å si at hensynet til samfunnets midler forvaltes på en forsvarlig måte tilsier at det kan tas økonomiske hensyn, med mindre loven eller hensynet til de berørte individinteresser tilsier det motsatte”(Graver, 2002 s. 126). Legger et forvaltningsorgan stor vekt på økonomisk vinning for stat eller kommune ved tildeling av offentlig velferdsgoder som hovedsaklig skal ivareta den enkelte borgers behov, vil kontrollinstansene trolig komme til at forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn.

En annen problemstilling som er reist vedrørende utenforliggende hensyn, er om det kan sies å foreligge et spesialitetsprinsipp i norsk forvaltningsrett. Det vil si om det er utenforliggende for et forvaltningsorgan å legge vekt på hensyn som ligger under et annet forvaltningsorgans myndighetsområde. Etter Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1993 s. 528 (Lunner Pukkverk) må det, slik jeg forstår denne avgjørelsen, være rimelig klart at det ikke kan oppstilles et spesialitetsprinsipp i norsk forvaltningsrett.

Det er i juridisk teori vært nevnt at domstolene overprøver mer inngående om forvaltningsvedtaket er motivert av relevante hensyn enn den innebyrds vekt av legitime hensyn vedtaket bygger på. Et eksempel på dette er Rt. 1996 s. 78, hvor førstvoterende uttaler på s. 86 at ”når man først er kommet til at kommunestyret var berettiget til å legge vekt på de aktuelle hensyn, kan domstolen ikke overprøve den vekt representantene har tillagt disse hensyn i forhold til andre relevante hensyn. Den skjønnsmessige avveining av de ulike hensyn hører her under forvaltningens frie skjønn”

Sterkt urimelige vedtak

Det er videre antatt at alminnelig forvaltningsrettslig prinsipp at avgjørelsene ikke skal være sterkt urimelige. Eckhoff / Smith påstår imidlertid at det skal mye til for at domstolene finner at forvaltningsvedtaket er sterkt urimelig og at det ”I de fleste tilfelle hvor urimelighet er påberopt, er kravet ikke tatt til følge” (Eckhoff / Smith, 1997 s.301)

Vilkårlige avgjørelser

Den tredje regelen som faller inn under myndighetsmisbruklæren er at forvaltningsorganet ikke skal fatte vilkårlige avgjørelser.

Vilkårlige avgjørelser omfatter det tilfellet hvor forvaltningen har fattet rene tilfeldighetsavgjørelser for eksempel at kommunen avgjør en søknad om skjenkebevilling ved loddtrekning. Videre rammer forbudet mot vilkårlige avgjørelser der forvaltningen har utøvd skjønn, men har oversett viktige hensyn, eller har tillagt noen hensyn overdreven stor vekt.

Forskjellsbehandling

Den fjerde formen for overskridelse av forvaltningsmyndighet som kontrollorganene prøver om vedtaket er beheftet med, er om forvaltningsorganet har foretatt en usaklig og urimelig forskjellsbehandling. Forbudet mot forskjellsbehandling kan følge direkte av lovbestemmelsen. Likestillingslovens¹⁷ § 3 som forbyr forskjellsbehandling av menn og kvinner er et eksempel på dette.

Denne formen for myndighetsmisbruk avviker fra de andre reglene i læren om myndighetsmisbruk ved at det isolert sett ikke trenger å være noe galt med det aktuelle forvaltningsvedtaket. Forvaltningen har i en del tilfeller adgang til å fatte vedtak som medfører at borgerne forskjellsbehandles. Kompetansen til å foreta en slik forskjellsbehandling kan følge av kompetansegrunnlaget eller av skjønnsmessige vurderinger forvaltningsorganet selv har foretatt. Eckhoff / Smith påpeker at det bare foreligger myndighetsmisbruk ”når forvaltningen ikke er i stand til å angi noen saklig grunn eller forskjellsbehandlingen virker sterkt urimelig eller urettferdig” (Eckhoff / Smith, 1997 s. 304)

Det kan stilles spørsmål om kravet til at det ikke skal foreligge urimelig eller usaklig forskjellsbehandling bare gjelder innefor samme forvaltningsorgan, eller om det gjelder for alle forvaltningsorganer i landet. Eckhoff / Smith hevder at domstolene kun har reagert på forskjellsbehandling der denne har funnet sted innenfor samme forvaltningsorgan (Eckhoff / Smith, 1997 s. 305).

¹⁷ 9. juni 1978 nr.45

Ved fylkesmannens lovlighetskontroll taler imidlertid samfunns – og rettferdighetshensyn for at forbud mot usaklig og urimelig forskjellsbehandling skal gjelde samtlige forvaltningsorganer i fylket. De ulike kommunale forvaltningsorganene fattet vedtak innenfor et avgrenset geografisk område der det foreligger relativt homogene leveforhold. Lokale og regionale forskjeller ikke gjør seg gjeldende i svært begrenset utstrekning. Usaklig og urimelig forskjellsbehandling vil være lett synbar innenfor fylket. Borgerne vil ha liten forståelse for en slik forskjellsbehandling, hvilket kan føre til en liten tro og oppslutning om det offentlige.

Forholdsmessighet

Krav om at forvaltningsavgjørelser skal være forholdsmessige innebærer at forvaltningen ikke skal bruke sin kompetanse til å gripe inn i den enkeltes rettigheter og interesser i større utstrekning enn nødvendig (Graver, 2003 s. 133). Kravet til forholdsmessighet kan følge av konkrete lovbestemmelser. Graver tar imidlertid til orde for at det kan sies å foreligge et generelt ulovfestet krav til proporsjonalitet i forvaltningsavgjørelser. Eckhoff / Smith stiller seg skeptisk til dette (Eckhoff / Smith, 1997 s.303).

6 Følgene av at forvaltningen handler i strid med sin kompetanse

Ved fylkesmannens lovlighetskontroll følger det av kommuneloven § 59 nr. 4 at fylkesmannen ”skal oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig”. Kommunelovutvalget legger til grunn at ”Selv om det er gjort feil ved en avgjørelse er det ikke sikker at dette fører til at denne er ugyldig” (NOU 1990:13 s. 410). Det samme mener KR.D.

Problemstillingen blir derfor i hvilke situasjoner domstolene og fylkesmannen kjenner vedtaket ugyldig som følge av kompetansemangel.

6.1 Ugyldighet som følge av manglende prosessuell kompetanse

Saksbehandlingsregler har som hovedformål å sikre materielt riktige vedtak. Det er dermed ikke sagt at feil i saksbehandlingen forut for vedtaket har medført at innholdet i vedtaket er feil. Forvaltningsloven § 41 er utformet på bakgrunn av denne erkjennelsen og lyder:

”Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke har virket bestemmende på vedtakets innhold.”

Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare feil som skyldes brudd på regler i eller gitt i medhold av forvaltningsloven, og bare ved enkeltvedtak. Det er imidlertid sikker rett i henhold til teori og praksis at den kan anvendes analogisk på andre saksbehandlingsfeil.

Forarbeidene til Kommunalloven § 59 og rundskriv H – 2123 viser til at det må foretas en vurdering av om en saksbehandlingsfeil kan ha virket inn på avgjørelsens innhold, slik forvaltningsloven § 41 gir anvisning på.

Fylkesmennene i Østfold og Buskerud legger også til grunn at saksbehandlingsfeilen må ha virket inn på vedtakets innhold. De presiserer innledningsvis i sine vedtak at prinsippene i forvaltningsloven skal legges til grunn ved ugyldighetsvurderingen.

Forvaltningsloven § 41 kan ikke tolkes antitetisk, og gjør det ikke nødvendig å statuere ugyldighet i alle tilfeller hvor feilen kan ha virket inn. Det trengs ikke sannsynlighets overvekt, det er tilstrekkelig at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at feilen har virket inn. Eckhoff fremhever at jo grovere feilen er og jo mer inngripende vedtaket er, desto større grunn er det til å statuere ugyldighet. Dette selv om det er lite sannsynlig at feilen har virket inn på vedtakets innhold. Ved skjønnsmessige vedtak er det større mulighet for at feil i saksbehandlingen kan ha virket inn enn ved en sterkt lovbundet avgjørelse (Eckhoff / Smith, 1997 s. 575 flg).

Hvorvidt domstolene eller fylkesmannen vil statuere ugyldighet avhenger videre av hvilken saksbehandlingsregel forvaltningsorganet har overtrådt. Det er i juridisk teori argumentert for at dersom det er snakk om innhabilitet, eller at saken ikke er tilstrekkelig opplyst, vil domstolene legge til grunn at feilen lett har virket inn (Eckhoff / Smith, 1997 s. 577, Graver 2002,s. 493).

Er vedtaket ikke tilstrekkelig begrunnet, er det ikke nødvendigvis noe galt med vedtaket. Manglelende begrunnelse kan imidlertid gi en pekepinn om andre feil, og kan derfor være en saksbehandlingsfeil som medfører ugyldighet. Dette var tilfellet i ”Isene- dommen” Rt 1981 s. 745. Høyesterett kjente i denne dommen et forkjøpevedtak ugyldig, fordi det forelå mangel ved begrunnelsen. Dette mente Høyesterett kunne tyde på at det forelå svikt ved selve avgjørelsen.

6.2 Personell kompetansemangel

Eckhoff / Smith legger til grunn at ”at en personell kompetansemangel foreligger er ikke tilstrekkelig til å begrunne ugyldighet. Det må også kreves at feilen kan ha øvet innflytelse på avgjørelsens innhold.”

Graver (2002 s. 485) hevder at vedtak beheftet med personell kompetansemangel er ubetinget ugyldig, slik at det ikke er grunn til å foreta en vurdering av om feilen har at noen betydning for innholdet. Til støtte for synspunktet fremhever Graver dette tradisjonelt har vært oppfatningen i norsk rett. Videre viser Graver til Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt.1990 s. 1001.(Saksforholdet er redegjort for i avsnitt 4.3). Avslag på byggetillatelse var i gitt av bygningsrådet. Det var imidlertid formannskapet som var tillagt kompetanse til å fatte et slikt vedtak. Høyesterett kjente bygningsrådets vedtak ugyldig.

Uavhengig av om man legger Gravers eller Eckhoff / Smiths tilnærming til grunn, vil man i det vesentlige komme til samme konklusjon. Dette da Graver angir ulike former for feil han anser som unntak fra utgangspunktet om at personell kompetansemangel alltid vil medføre ugyldighet. De former for personell kompetansemangel Graver antar ikke medfører ugyldighet, er sammenfallende med de kompetansemangler Eckhoff / Smith mener ikke vil innvirke på vedtakets innhold. Eksempelvis legger begge til grunn at vedtak fattet av et overordnet organ ikke medfører ugyldighet.(Eckhoff / Smith, 1997 s. 578, Graver, 2002 s. 485). Graver mener det her kan tenkes unntak hvor kompetansen er tillagt et organ ut fra hensynet til sakkyndighet eller lokalkunnskap.

Utgangspunktet ved fylkesmannens lovlighetskontroll, er at avgjørelser er truffet av et annet organ enn det som i utgangspunktet er tillagt myndighet, ikke automatisk medfører ugyldighet. Feilen må kunne ha virket bestemmende på avgjørelsens innhold (H- 2123 og NOU: 13 1990).

6.3 Ugyldighet som følge av materiell kompetansemangel.

Den klare oppfatningen oppfatning i teorien er at materielle kompetansemangler som medfører at vedtaket blir innholdsmessig feil, som hovedregel medfører ugyldighet (Graver 2002, s. 484, Eckhoff/ Smith 1997 s. 571). Frihagen mener at materiell kompetansemangel ikke nødvendigvis medfører ugyldighet når dette er til skade for en part, men tendensen er at domstolene statuerer ugyldighet også til skade for parten. (Frihagen, 1992)

Departementet framhever i rundskriv H 2 – 123 at vedtaket som hovedregel skal kjennes ugyldig ved hjemmelsmangel. Det samme skal gjelde for avgjørelser som etter sitt innhold er i strid med gjellende rett. Har forvaltningen lagt et feil skjønnsfaktum til grunn for sitt skjønn kan dette innholdsmessig feil. Domstolene og fylkesmannen vil da statuere ugyldighet.

Eckhoff anser Drosjeeierdommen (se avsnitt 5.2) som et prejudikat for at feil ved fakta som forvaltningen bygger sin avgjørelse på kan medføre ugyldighet (Eckhoff/Smith1997 s. 580).

Feilaktige oppfatninger om rettspørsmål medfører at forvaltningen har truffet vedtak uten å ha kompetanse. Har den uriktige lovtolkningen medført innholdsmessig feil, medfører det ugyldighet (Frihagen 1992). Eksempel på at Høyesterett har statuert ugyldighet som følge av uriktig lovtolkning er Rt 1972 s. 511. Saken gjaldt krigspensjoneringsloven¹⁸ § 17 annet ledd som åpner adgang til å gi ”yngre personer” høyere pensjon enn etter paragrafens første ledd. Forvaltningen la til grunn at bestemmelsen bare omfattet de som hadde fått avbrutt utdannelsen under krigen. Derfor ble ikke foretatt en skjønnsmessig bedømmelse av om pensjonen til en ung person som ikke hadde fått utdannelsen avbrutt skulle forhøyes etter annet ledd. Høyesterett mente at forvaltningen her hadde lagt en uriktig innskrenkende tolkning til grunn og opphevet vedtaket.

Eckhoff legger til grunn at selv om forvaltningen har lagt feil fakta eller lovforståelse til grunn, er ikke vedtakets innhold automatisk feil. Det må foretas en vurdering av om feilen har virket inn på avgjørelsens innhold (Eckhoff / Smith1997 s. 581).

Strider forvaltningsvedtaket mot det som følger av myndighetsmisbruklæren, er ikke vedtaket nødvendigvis ugyldig. Dersom feilen er begått under vedtaksprosessen, bør ikke dette ha medført at selve innholdet i vedtaket er feilaktig

¹⁸ 13. desember 1946 nr. 21

Dersom det foreligger vilkårlighet vil dette ha virket inn på vedtakets innhold, og må medføre ugyldighet. Dette er også situasjonen der forvaltningsorganet har fattet et sterkt urimelig vedtak.

Utenforliggende hensyn vil ofte ha innvirket på vedtaket. Det kan imidlertid være at avgjørelsen ville blitt den samme, selv om det utenforliggende hensynet ikke hadde vært med i overveielser. Særlig nærliggende er dette forvedtak fattet av kollegiale organer, hvor bare noen medlemmer har tatt utenforliggende hensyn, og hvor de er så få at deres stemmegivning ikke har vært utslagsgivende.

Det vil bero på en konkret skjønnsmessig vurdering, hvorvidt kompetansemangler som ikke har medført at vedtaket er innholdsmessig feil skal kjennes ugyldig.

Et forvaltningsvedtak kan være til gunst for en part, uten å være ikke tilskade for andre. Eksempel på en slik situasjon er når forvaltningen gir konsesjon eller bevilling. Kan parten ikke klandres for de feilene som er gjort, og han i god tro har innrettet seg etter avgjørelsen, taler dette for å anse vedtaket gyldig. Parten er ikke å klandre for den situasjonen som har oppstått. Videre er det av betydning at parten har innrettet seg etter vedtaket. Det er da ikke ønskelig å endre en etablert rettsstilling. Har parten derimot forsettelig eller grovt uaktsomt medvirket til feilen, er dette et forhold som taler for at kontrollinstansene vil statuere ugyldighet. Det er i dette tilfellet ingen grunn til å beskytte parten mot at vedtaket kjennes ugyldig.

Er forvaltningsvedtaket til gunst for noen og til skade for andre, bør ugyldighets vurdering baseres på en avveining av motstridende hensyn. Både partenes interesse i utfallet og om noen av dem kan bebreides for feilen vil være et moment. Kan ingen av partene klandres for feilen, vil ugyldighetsvurderingen ofte falle ut til fordel for den som har fått rett ved avgjørelsen. Sistnevnte part har innrettet seg etter vedtaket. Hensynet til den forbigåtte kan ivaretas ved at han får en annen stilling, bevilgning eller tilkjennes erstatning.

KRD fremhever at de nevnte momentene også skal vektlegges ved fylkesmannens lovlighetskontroll.

Ved fylkesmannens legalitetskontroll vil det ha betydning for ugyldighetsvurderingen at den kommer like etter i tid. Dette kan medføre at fylkesmannen legger større vekt på feilene enn det domstolene ville ha gjort (Bernt, 2002 S.723).

6.4 Følger av at et forvaltningsvedtak blir kjent ugyldig.

Rettsfølgene av at det foreligger en ugyldighetsgrunn vil avhenge av flere forhold. Blant annet vil type vedtak og feil være av betydning.

Kjenner domstolene et vedtak ugyldig går et hovedskille mellom angripelige vedtak og nulliteter. Et vedtak som er en nullitet kan uten videre sees bort fra. Angripelige vedtak blir derimot stående ved lag inntil de blir satt til s. ved dom eller et nytt forvaltningsvedtak. Ugyldige, tyngende vedtak er som hovedregel nulliteter, mens begunstigende vedtak bare er angripelige.

Det heter i kommuneloven § 59 at fylkesmannen skal ”oppheve avgjørelsen”. Dette innebærer at forvaltningsvedtaket ikke står ved lag dersom fylkesmannen kjenner vedtaket ugyldig.

Det har vært den dominerende oppfatningen i norsk rett, at ved avgjørelser fattet på bakgrunn av forvaltningens skjønn, er domstolene kompetanse begrenset til å kjenne vedtaket ugyldig. Domstolene kan ikke til å gi dom for det underliggende materielle kravet. Avgjørelsen i Rt. 1951 s. 19 (Mortvedt-dommen) er et unntak fra dette utgangspunktet.

Fire drosjesjåfører fikk avslag på søknad om drosjebevilling. Vedtaket var truffet på bakgrunn av at sjåførene hadde vært passive medlemmer av NS under krigen. Det var etter loven opp til forvaltningens skjønn og avgjøre om bevilling skulle gis. Høyesterett fant imidlertid at avgjørelsen var sterkt urimelig og stridende med alminnelig samfunnsoppfatning. På bakgrunn av dette erklærte de vedtaket ugyldig.. Samferdselsdepartementet ble videre pålagt å utstede drosjebevilling.

Høyesterett fant det ikke tvilsomt at sjåførene ville fått bevilling dersom forvaltningen ikke hadde lagt vekt på utenforliggende hensyn. Høyesterett ga således dom for realiteten i et tilfelle der avgjørelsen reelt sett ikke avhang av noen form for skjønn. Dommen er ikke fulgt opp i rettspraksis.

Rettssituasjon var noe mer usikker når det gjaldt domstolenes adgang til å gi dom for ved lovbundne vedtak. Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2001 s. 995 avklarte problemstilling. Spørsmålet var om domstolen kunne gi dom for at en person hadde krav på full uførepensjon. Det var ikke tvilsomt at trygderettens kjennelse var ugyldig. Lagmannsretten hadde avvist påstanden om dom for realitet med den begrunnelse at retten ikke hadde kompetanse til å gi slik dom. Høyesterett stadfestet Lagmannsrettens kjennelse på dette punktet. Kan domstolene ikke gi dom for realitet ved lovbundne vedtak, må det følgelig falle utenfor domstolenes kompetanse å avgjøre realiteten i ed skjønnsmessige vedtak. Skjønnsavgjørelser forutsetter i flere tilfeller fagekspertise og kompetanse, som forvaltningen innehar i større utstrekning enn domstolene. De forhold som taler mot at domstolene skal overprøve forvaltningens subsumsjon), er også relevante argumenter mot at domstolene kan gi dom for realitet ved skjønnsmessige avgjørelser (jf. pkt. 5.4.3).

Fylkesmannen har ved lovlighetskontroll ikke kompetanse til å fatte en realitetsavgjørelse. Dette følger av ordlyden i kommuneloven § 59, som sier at fylkesmannen skal ”ta stilling til om avgjørelsen er innholdsmessig lovlig” samt ”opphøve avgjørelsen”. Dette betyr at fylkesmannen ikke skal foreta en realitetsavgjørelse.

Dette fremgår videre av forarbeidene, som legger til grunn at lovlighetskontrollen ikke har karakter av administrativ klagebehandling. Fylkesmannen har ingen kompetanse til å fatte ny avgjørelse, og kan kun oppheve den foreliggende (Ot.prp. 1991 - 92 nr 42).

Sivilombudsmannen påpeker i Somb. 1999 s. 103 at ”etter paragrafens nr. 4 kan fylkesmannen oppheve vedtak som er ugyldige. Fylkesmannen kan således ikke i medhold av denne bestemmelsen omgjøre kommunens vedtak og treffe et nytt vedtak med et annet innhold”.

6.5 Utsatt iverksettelse

Domstolene kan i en viss utstrekning selv fastsette at forvaltningens vedtak ikke skal gjennomføres før saken er avgjort. Dette må i tilfelle skje etter reglene for midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdesloven. Fylkesmannens lovlighetskontroll har i utgangspunktet eller ikke oppsettende virkning. Fylkesmannen kan imidlertid fastsette at vedtaket skal utsettes inntil vedtaket er behandlet etter kommuneloven § 59 nr. 3.

En vesentlig forskjell ved lovlighetskontroll og domstolskontroll er at fylkesmannens avgjørelse kan bringes inn for domstolene. Vedtak som er gjenstand for lovlighetskontroll kan dermed bli overprøvd av to uavhengige instanser. Det er imidlertid svært få lovlighetsvedtak som bringes inn for domstolene. Bakgrunnen for dette kan være at det ved vedtak som er gjenstand for lovlighetskontroll er behov for en snarlig avklaring. Dertil kommer kostnadene ved å bringe saken inn for domstolene.

7 Hovedfunn i relasjon til hovedspørsmålet

7.1 De lege lata

Hjemmelsgrunnlaget for domstolskontroll og fylkesmannens lovlighetskontroll følger av henholdsvis lov og konstitusjonell sedvane. Dette medfører en ulik rettskildesituasjon. Videre avviker vilkårene for å fremme lovlighetsklage fra de prosessuelle betingelsene for å anlegge sak ved domstolene. Kostnadene ved å klage et forvaltningsvedtak inn for domstolene kan bli svært høye. Taper den private part saken, kan han bli pålagt å bære både egne og forvaltningens saksomkostninger jf. tvistemålsloven § 172. Det er derimot kostnadsfritt for innklagerne at fylkesmannen prøver forvaltningsvedtakets lovlighet.

Domstolskontroll så vel som statlig kontroll med forvaltningen har lang tradisjon i norsk rett. Videre er den rettspolitiske begrunnelsen for de to kontrollinstitusjonene i stor grad sammenfallende. Det foreligger dog en viktig forskjell. Lovlighetskontrollen skal være et middel til å få avklart rettslig tvil innad i kommunen. Dette er fremhevet i forarbeidene til kommuneloven av 1992. Lovlighetskontrollens hovedfunksjon er således ikke å være en statlig styringsmekanisme. I praksis vil imidlertid fylkesmannens lovlighetskontroll være et middel for statlig styring av lokalforvaltningen.

Fylkesmannsembetene behandler rundt ti lovlighetsklager i året. Frekvensen av lovlighetsklager, samt at kontrollen kommer kort tid etter at forvaltningsvedtaket er fattet, gjør den egnet som statelig styringsmiddel. Hvert fylkesmannsembete har lovlighetskontroll i en rekke kommuner. Det må antas at det foregår et samarbeid mellom de ulike fylkesmannsembetene. Dette vil medføre en ensartet praksis i landets kommuner. Dertil kommer det at fylkesmennene når ut til alle kommunene.

Fylkesmannsinstitusjonen er således et egnet organ for regjering og departement til å kanalisere nasjonalpolitiske målsetninger ut til kommunene.

Domstolskontroll er som institusjon ikke egnet som statlig styringsmiddel. Domstolene skal for det første være uavhengige av de andre statsinstitusjoner. Videre går det lang tid

fra et vedtak er fattet til det eventuelt kommer opp for domstolene. Domstolene avgjør enkeltsaker, og dommer er som hovedregel bare bindende for sakens parter. Det er kun et fåtall forvaltningssaker som blir forelagt domstolene, og særskilt Høyesterett. I henhold til alminnelig rettskildelære er det høyesteretts avgjørelser som har størst vekt. Det lave antall høyesterettsavgjørelser vil dermed være en faktor som medvirker til at domstolskontroll ikke er et egnet middel for å styre lokalforvaltningen.

Innholdet og omfanget av kontrollene er i stor utstrekning sammenfallende.

Rettspraksis viser at domstolene har intensivert prøvingsomfanget, antall saker som prøves har imidlertid ikke økt. I forarbeidene til kommuneloven § 59 ble det fremhevet at en styrket intern kontroll i kommunene tilsa en reduksjon og forenkling av den statlige kontrollen. Antall saker som er gjenstand for lovlighetskontroll er redusert etter innføringen av kommuneloven av 1992. På bakgrunn av de ovennevnte forarbeider legger jeg til grunn at selve prøvingsomfanget er det samme som i henhold til tidligere lovgivning.

Begge organene kan som følge av sin kontroll statuere ugyldighet. De kan ikke foreta en realitetsavgjørelse. Slik sett er også domstolskontrollen en legalitetskontroll. Fylkesmannens avgjørelser kan imidlertid påklages til et eksternt organ – domstolene.

7.2 De lege referenda

Da innholdet i de to kontrollformene er såpass likt, er det naturlig å stille spørsmålet om vi i norsk rett trenger fylkesmannens lovlighetskontroll. Nytt og funksjonen av at kontroll utføres av to pilarer i statssystemet, er et sentralt argument for å opprettholde fylkesmannens lovlighetskontroll. Dertil kommer det at flere av spørsmålene som blir forelagt fylkesmannen ikke er egnet for domstolsprøving. En av årsakene til dette er tidsaspektet. Politiske beslutninger kan kreve rask prøving av lovligheten. Dertil er det viktig for rettssikkerheten at man kan få prøvd lovligheten på en mindre ressurskrevende måte enn ved domstolskontroll. Videre taler blant annet likhetshensyn for en viss form for statlig styre med lokalforvaltningen.

På den annen side kan hensynet til nasjonal styring ivaretas på andre måter, eksempelvis ved økonomiske føringer. Videre kan fylkesmannens lovlighetskontroll erstattes med andre kontrollinstanser.

Lovlighetskontrollens funksjon bør ved jevne mellom rom evalueres, og andre former for statlig styring og kontroll vurderes. Ut fra den nåværende situasjon i norsk rett, mener jeg at fylkesmannes lovlighetskontroll bør bestå.

Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8. utg. Oslo 1998

Bernt, Jan Fridthjof. *Kommunalrett*. Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå, Harald Hove. Oslo, 2002

Boe, Erik. *Innføring i juss, bind I*. 1993, Oslo

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 4. utg. ved Jan Helgesen. Oslo, 1997

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6. utg. ved Eivind Smith. Oslo, 1997

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett, bind III*. 4. utg. Bergen, 1992

Graver, Hans Petter. *Alminnelig Forvaltningsrett*. 2. utg. Oslo, 2002

Helseth, Per. *Norsk Statsforfatningsrett*. Per Helseth. Bjørn Stordrange. Oslo, 1998.

Artikler

Kraby, Ida Hjort. *Hva er lov? – Særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger*. I: Jussens Venner. 1996, s.145-160.

Innjord, Frode. *Hva er "vakkert"? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk*. I: Jussens Venner 1996, s.161-194

Smith, Eivind. *"Détournement de pouvoir" omkring 1920 og i dag*. I: Samfunn, Rett og Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoff. Oslo, 1986, s. 615-629

Forarbeider

Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (FORVALTNINGSKOMITEEN). Trykt i Naper Boktrykkeri. Kragerø, 1958.

NOU 1990: 13 Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner

Ot.prp.nr. 42 Om lov om kommuner og fylkeskommuner

Rundskriv

Rundskriv H – 2123. Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59. Utgitt av Kommunal – og regionaldepartementet, juni 2001. Tilgang:

<http://odin.dep.no/krd/norsk/publ/veiledninger/016051-250044/index-dok000-b-f-a.html>

Lover

1814 Kongerigets Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. Mai 1814

§ 96

§ 97

1911 Skattelov for byane (byskatteloven) av 18. August 1911 nr 9

§ 5

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. August 1915 nr 6

§ 53

§ 54

§ 172

§ 437

§ 475

1946 Lov om krigspensjonering for hjemmestyrkepersonell og sivilpersoner (krigspensjoneringsloven) av 13. Desember 1946 nr 22

§ 17

1954 Tidligere kommunelov av 12. November 1954 (opphevet)

§ 60

1956 Tidligere Fremmedloven av 1956

§ 2

1965 Lov om fritaking for militærtjeneste av overbevisningsgrunner (Militærnekte-loven) av 19. Mars 1965 nr 3

§ 1

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. Februar

1967

§ 2

§ 6

§ 28

§ 34

§ 41

1970 Lov om naturvern (Naturvernloven) av 19. Juni 1970 nr 63

§ 8

1974 Lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (Konsesjonsloven) av 31. Mai 1974 nr 19

§ 7

§ 8

1975 Lov om egedomsskatt til kommunane (Eigedomsskattelova) av 6. Juni 1975

§ 33

1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (Likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr 45

§ 3

1984 Lov om havner og farvann m.v. (havne og farvannsloven) av 8. Juni 1994 nr 51

§ 23

1988 Lov om utlendingers til riket og dere sopphold her (utlendingsloven) av 24. Juni

1988 nr 64

§ 29

§ 30

1989 Lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. (Alkoholloven) av 2. Juni 1989 nr

27

§ 1- 8

§ 1- 7 a)

§ 1- 16

1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. September 1992

nr 107

§ 59

§ 59 a)

1993 Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (Konkurranseloven) av 11. Juni 1993 nr

64

§ 3- 10

§ 3- 11

1995 Lov om barnehager (barnehageloven) av 5. Mai 1995 nr 19

§ 3

§ 8

1995 Lov om jord (Jordlova) av 12. Mai 1995 nr 23

§ 8

1995 Lov om lotterier m.v. (lotteriloven) av 24. Februar 1995 nr 11

§ 1

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven) av 24. Mai 1999 nr. 30

§ 2

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 4. November 1950 (trådte i kraft
1953)

Art. 6

Rettspraksis

Assessor Collet i Høyesteretts voteringsprotokoll 1818-B, (sitert etter Helseth 1998 s.
327)

Rt. 1928 s. 52

Rt. 1933 s. 548 Oslo Raadhushospitsdommen

Rt. 1934 s. 330 Grisehusdommen

Rt. 1947 s. 193

Rt. 1959 s. 19

Rt. 1960 s. 1374 Drosjeeierdommen

Rt. 1969 s. 568

Rt. 1976 s. 614 Vaktmesterdommen

Rt. 1981 s. 745 Isene

Rt. 1990 s. 1001

Rt. 1991 s. 586 Sur – place flyktningdommen

Rt. 1993 s. 528 Lunner Pukkverk

Rt. 1995 s. 72 Utvisningsdom I

Rt. 1995 s. 1427 Naturresevatdommen

Rt. 1995 s. 1499 Hemmnes kommune

Rt 1996 s. 78

Rt. 1998 s. 1799 Utvisningsdom II

Rt. 2000 s. 1406

Rt. 2001 s. 995

Sivilombudsmannens avgjørelser

Somb. 1999 s. 103